

**THALITA MARIA AZAMBUJA BRANDALISE**

**DESVIO DE FINALIDADE NA PUBLICIDADE OFICIAL:  
PROMOÇÃO PESSOAL DA AUTORIDADE PÚBLICA**

**CURITIBA**

**2004**

**THALITA MARIA AZAMBUJA BRANDALISE**

**DESVIO DE FINALIDADE NA PUBLICIDADE OFICIAL:  
PROMOÇÃO PESSOAL DA AUTORIDADE PÚBLICA**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel  
em Direito, pela Faculdade de Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Professor Pedro Henrique  
Xavier**

**CURITIBA**

**2004**

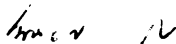
## TERMO DE APROVAÇÃO

THALITA MARIA AZAMBUJA BRANDALISE

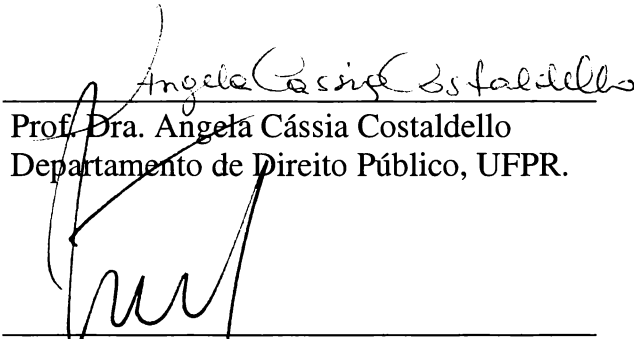
### DESVIO DE FINALIDADE NA PUBLICIDADE OFICIAL: PROMOÇÃO PESSOAL DA AUTORIDADE PÚBLICA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

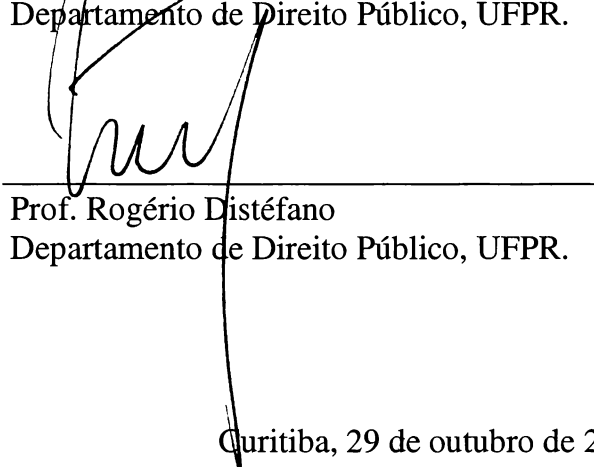
Orientador:



Prof. Pedro Henrique Xavier  
Departamento de Direito Público, UFPR.



Prof. Dra. Angela Cássia Costaldello  
Departamento de Direito Público, UFPR.



Prof. Rogério Distéfano  
Departamento de Direito Público, UFPR.

Curitiba, 29 de outubro de 2004.

Dedico este trabalho a Deus, pela força em todos os momentos; ao meu amado Alessandro, minha motivação no Direito e na vida; e à minha família, base de todas as minhas realizações.

Agradeço ao Professor Pedro Henrique Xavier, pelo apoio e orientação; às minhas amigas, pela paciência; e um agradecimento especial à Vanessa, amiga e companheira no Francês e no Direito Administrativo.

“Quão melhor é adquirir a sabedoria do que o ouro.”  
(Provérbios, 16,16)

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>vii</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>1. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>2</b>
1.1 LEGALIDADE.....	3
1.2 IMPESSOALIDADE.....	4
1.3 MORALIDADE.....	5
1.4 PUBLICIDADE.....	6
1.5 EFICIÊNCIA.....	8
1.6 CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS PRINCÍPIOS.....	10
<b>2. PUBLICIDADE OFICIAL.....</b>	<b>11</b>
2.1 A PUBLICIDADE REFERIDA NO ARTIGO 37, §1º, CF.....	11
2.2 FINALIDADE DA PUBLICIDADE OFICIAL.....	13
2.3 CARACTERIZAÇÃO DA PROMOÇÃO PESSOAL.....	16
2.4 PROPAGANDA ELEITORAL E PROPAGANDA INSTITUCIONAL (PUBLICIDADE OFICIAL).....	19
2.5 A PROPAGANDA INSTITUCIONAL NA LEI ELEITORAL.....	19
<b>3. DESVIO DE FINALIDADE.....</b>	<b>24</b>
3.1 ORIGEM DA TEORIA DO DESVIO DE FINALIDADE.....	27
3.2 <i>NOMEN IURIS</i> .....	28
3.3 CONCEITO DE DESVIO DE FINALIDADE.....	30
3.4 MODALIDADES DE DESVIO DE FINALIDADE.....	33
3.5 PROVA DO DESVIO DE FINALIDADE.....	35
3.6 CONTROLE E NULIDADE DO ATO.....	36
3.7 DESVIO DE FINALIDADE NA PUBLICIDADE OFICIAL.....	37
<b>4. IMPROBIDADE E DESVIO DE FINALIDADE.....</b>	<b>38</b>
4.1 CONCEITO DE IMPROBIDADE.....	40
4.2 DESTINATÁRIOS DAS NORMAS.....	43
4.2.1 Sujeito passivo.....	44
4.2.2 Sujeito ativo.....	46
4.3 MODALIDADES DE ATOS DE IMPROBIDADE.....	48
4.3.1 Enriquecimento ilícito.....	49
4.3.2 Prejuízo ao erário.....	51
4.3.3 Atentado contra os princípios da Administração Pública.....	53
4.4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE.....	54
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>59</b>

## RESUMO

Num primeiro momento, foram feitas algumas considerações acerca do conteúdo dos princípios constitucionais da Administração Pública, com o intuito de demonstrar, no decorrer do trabalho, o flagrante desrespeito a estes princípios. Em seguida, adentra-se o tema da publicidade oficial (ou propaganda institucional, como também é chamada), definindo-a e delimitando-a, com especial ênfase à finalidade que ela deve seguir, qual seja, o caráter educativo, informativo ou de orientação social. Conforme expressa norma constitucional, esta publicidade não deveria servir para a promoção pessoal das autoridades públicas. No entanto, demonstra-se, através de doutrina e jurisprudência, que tal desvio é comum, a despeito de ferir os princípios constitucionais da Administração Pública expressos ou implícitos no texto constitucional. Busca-se, sobretudo, enfatizar o desrespeito ao princípio da finalidade, defendendo-se a aplicação da Teoria do Desvio de Finalidade. Para garantir a clareza do trabalho, realizou-se um estudo sucinto acerca desta Teoria, desde sua origem até sua aplicabilidade ao caso em tela. O trabalho culmina com a análise das consequências advindas da realização de publicidade em desconformidade com a exigência constitucional, ensejando a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-chave: Publicidade Oficial; Propaganda Institucional; Promoção Pessoal; Desvio de Finalidade; Desvio de Poder; Improbidade Administrativa.



## INTRODUÇÃO

A utilização da publicidade pela Administração Pública é um tema que ganha relevo a cada dia, sobretudo tendo em vista que a sociedade de consumo vem transformando os indivíduos em escravos da mídia. Não se trata da publicidade como requisito formal para a eficácia dos atos administrativos, mas da publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, expressamente admitida no texto constitucional, mas também expressamente vinculada ao cumprimento de uma finalidade.

O presente trabalho questiona qual é este fim que a publicidade oficial (denominada, na Lei Eleitoral, propaganda institucional) deve perseguir, destacando que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, além da finalidade, outro requisito que deve ser respeitado, qual seja, a proibição expressa da promoção pessoal da autoridade pública.

A despeito do regramento constitucional, a jurisprudência comprova que continuam ocorrendo abusos por parte dos governantes, que fazem uso dos recursos públicos com vistas a sua promoção pessoal. No decorrer deste estudo, busca-se demonstrar que esta publicidade ilegal, pelo descumprimento dos fins que o próprio texto constitucional estabeleceu, enseja a aplicação da Teoria do Desvio de Finalidade.

Para caracterizar tal aplicação, traz-se à colação noções gerais acerca desta teoria, desde sua origem e conceituação, passando pela prova do desvio, o controle e a nulidade do ato viciado.

Tendo em vista a ilegalidade e imoralidade patentes, a autopromoção da autoridade pública pela publicidade oficial fere os princípios constitucionais explícitos e implícitos da Administração Pública. Por este motivo, quer-se demonstrar a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) para a responsabilização do agente público que atua com desvio de finalidade, mais precisamente, aquele que se promove às custas do erário, desviando a publicidade oficial do seu fim constitucional.

## 1. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é informada por diversos princípios, que visam estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. Decorrentes dessa bipolaridade entre liberdade do indivíduo e autoridade da Administração, nascem os princípios fundamentais da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que informam todos os ramos do direito público e a partir dos quais serão construídos os demais.

Nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, os princípios da Administração Pública se destinam “de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a *boa administração*, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas”.<sup>1</sup>

A Constituição de 1988 traz expressamente no *caput* do artigo 37, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. No entanto, inúmeros outros princípios poderiam ser admitidos como decorrentes do sistema constitucional como um todo. A Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), em seu artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O texto constitucional não menciona expressamente o princípio da finalidade, mas isso não quer dizer que o repila. HELY LOPES MEIRELLES entende que a Constituição o admitiu sob a denominação de princípio da impessoalidade<sup>2</sup>. JOSÉ AFONSO DA SILVA, em contrapartida, considera o princípio da finalidade como implícito no da legalidade<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 646.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 646.

O presente trabalho assenta-se na publicidade dos atos da Administração que, utilizada incorretamente, acaba por ferir os princípios conformadores da atividade administrativa. Desse modo, para uma melhor apresentação do tema, faz-se necessário um estudo acerca do significado de cada um dos princípios trazidos pela Lei Maior.

## 1.1 LEGALIDADE

O primeiro princípio enumerado no *caput* do artigo 37 é o da legalidade, que é um dos sustentáculos fundamentais do Estado de Direito. É um princípio genérico, consagrado pela Constituição como direito fundamental em seu artigo 5º, II, que enuncia: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aplicado à Administração Pública, este princípio significa que ela só poderá fazer o que a lei permite, sendo a vontade da Administração aquela decorrente do texto legal.

DIÓGENES GASPARINI ensina que “o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor”.<sup>4</sup>

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Ressalta-se, então, que a “Administração Pública não tem fins próprios, mas há de buscá-los na lei, assim como, em regra, não desfruta de liberdade, escrava que é da ordem jurídica”.<sup>5</sup>

A partir da idéia de que o ato administrativo só será válido quando atender o seu fim legal, e entendendo que o fim é sempre vinculado, uma vez que se submete à lei, JOSÉ AFONSO DA SILVA inclui o princípio da finalidade no da legalidade.<sup>6</sup> Também CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO afirma que “Em rigor, o

---

<sup>4</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. vol. 3. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 27.

princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isso: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada”.<sup>7</sup>

BANDEIRA DE MELO ensina ainda que “o princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes”.<sup>8</sup> Nesse sentido, adentra-se na seara do princípio da impessoalidade, que também está previsto no *caput* do artigo 37.

## 1.2 IMPESSOALIDADE

CELSONO RIBEIRO BASTOS enfatiza a dificuldade de se configurar a autonomia deste princípio em face de outros, tais como o da finalidade, o da igualdade e mesmo o da legalidade.<sup>9</sup>

HELY LOPES MEIRELES defende que a impessoalidade nada mais é que o clássico princípio da finalidade, que impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal, ou seja, aquele que a norma indica como objetivo do ato, de forma impessoal. Na opinião deste autor, este princípio também exclui a promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas<sup>10</sup>, nos termos do artigo 37, § 1º, tema central deste trabalho.

O princípio da impessoalidade possui uma dupla acepção. No primeiro sentido, está relacionado com a finalidade pública que deve nortear a atividade administrativa, significando que a Administração Pública não pode agir com vistas a prejudicar ou beneficiar destinatários determinados, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. No segundo sentido, e de acordo com o ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, este princípio significa que os

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 647.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97.

<sup>8</sup> Ibid., p. 91.

<sup>9</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 33.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 85-86.

atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.<sup>11</sup>

### 1.3 MORALIDADE

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO resume este princípio dizendo que “sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa”.<sup>12</sup>

HAURIOU foi o responsável pela sistematização do conceito da moralidade administrativa, que, segundo ele, não se confunde com a moralidade comum. O agente administrativo deve, além de decidir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, também decidir entre o honesto e o desonesto. O autor francês ensina que a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.<sup>13</sup>

Devido à íntima ligação entre a imoralidade e o desvio de poder (também chamado desvio de finalidade), muitos autores entendem que a imoralidade se reduz à hipótese de ilegalidade dos atos administrativos quanto aos fins, tendo em vista que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares, sendo imoral a intenção do agente.<sup>14</sup>

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, reafirmando a ligação existente entre a moralidade administrativa e o princípio da finalidade dos atos administrativos, ensina que:

---

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 71. Ver também: SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 647.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 79.

<sup>13</sup> HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*. Paris, 1926. pp. 197 e ss. In: MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 83-84.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 78.

...para o administrador praticar um ato de *imoralidade administrativa*, basta que use de seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do estrito interesse público a que deveria atender. Por isso, além da hipótese de *desvio de finalidade*, pode ocorrer *imoralidade administrativa* nas hipóteses de *ausência de finalidade* e de *ineficiência grosseira* da ação do administrador público, tendo em vista, também, a *finalidade*, a que se propunha atender.<sup>15</sup>

Há autores que entendem ser desnecessário penetrar na intenção do agente para a caracterização da imoralidade. Ela resultaria do próprio objeto, quando o conteúdo do ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade, de acordo com este entendimento, exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos, entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Imoralidade, desse modo, ocorre quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa do mínimo indispensável à existência digna.<sup>16</sup>

Pode-se dizer, então, que a moralidade administrativa constitui atualmente, ainda que formalmente, pressuposto de validade de todos os atos da Administração Pública.

#### 1.4 PUBLICIDADE

Além de estar previsto expressamente no *caput* do artigo 37 da Lei Magna, o princípio da publicidade está contemplado em diversos outros dispositivos referentes ao direito de informação sobre os assuntos públicos, quer pelos cidadãos em geral, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. Segundo tal princípio, exige-se ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. Objetiva-se, com ela, “a divulgação do ato para

---

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 94.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 111. Ver também: BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 40.

conhecimento público e início de seus efeitos externos”.<sup>17</sup> A lei só pode restringir a divulgação dos atos administrativos quando a defesa da intimidade ou a segurança da sociedade ou do Estado o exigir.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, entende-se que “o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”.<sup>18</sup>

O conhecimento, portanto, da atuação administrativa é indispensável tanto no que diz respeito à proteção dos interesses individuais como também aos interesses da coletividade em exercer o controle sobre os atos administrativos.<sup>19</sup>

A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por esse motivo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige. Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem à invalidação por falta desse requisito de eficácia e de moralidade.<sup>20</sup>

Para surtir os efeitos desejados, a publicação deve ser realizada pela imprensa oficial, que é definida pela Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) como “o veículo oficial de divulgação da Administração Pública”, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis (artigo 6º, XIII). Também é admitida a publicação através de editais e expedição de certidões, desde que respeitadas as determinações legais. Deve-se também atender a outras exigências legais, como, por exemplo, o número de publicações.

Partindo da definição de imprensa oficial, DIÓGENES GASPARINI ensina que “não se considera como atendido ao princípio da publicidade a mera notícia, veiculada pela imprensa falada, escrita ou televisiva, do ato praticado pela

---

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 87.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 649.

<sup>19</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 45.

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 88 e 90.

Administração Pública, mesmo que a divulgação ocorra em programas dedicados a noticiar assuntos relativos ao seu dia-a-dia, como é o caso da *Voz do Brasil*".<sup>21</sup>

O princípio da publicidade assoma, então, como o mais importante instrumento para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência e visibilidade dos seus atos, que será possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em consequência, serem exercidas as várias modalidades de controle nela previstos.<sup>22</sup>

Considerando o tema deste trabalho, é importante destacar que o princípio da publicidade não pode ser desvirtuado, de modo a caracterizar promoção pessoal do agente público, nos termos do artigo 37 § 1º da Constituição Federal, sob pena de lesar os princípios da impessoalidade, finalidade e moralidade. Também a Lei n. 9.784/99 ordena que o administrador público adote o critério de objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes e autoridades (art. 2º, parágrafo único, III).<sup>23</sup>

## 1.5 EFICIÊNCIA

A Emenda Constitucional nº 19, de quatro de junho de 1998, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no *caput* do artigo 37. Entre os italianos, este princípio é conhecido como “dever de boa administração”, e impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento. Com ele, segundo DIÓGENES GASPARINI, procura-se maximizar os resultados de toda e qualquer intervenção da alçada da Administração Pública.<sup>24</sup> No mesmo sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que a atividade administrativa rege-se pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. O que, em suma, significa

---

<sup>21</sup> GASPARINI, Diógenes. op. cit. p. 11.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. p. 82.

<sup>23</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 90.

<sup>24</sup> GASPARINI, Diógenes. op. cit. p. 20.



que a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade de usuários.<sup>25</sup>

Nas palavras de ALEXANDRE DE MORAES, “o administrador público precisa ser *eficiente*, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade”.<sup>26</sup>

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO apresenta dois aspectos do princípio da eficiência: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.<sup>27</sup>

Supera-se o mero conceito clássico de eficácia (aptidão para produzir os resultados juridicamente esperados), passando-se a exigir que “esses atos devam ser praticados com tais *qualidades* intrínsecas de excelência, que possibilitem lograr-se o *melhor atendimento* possível das finalidades para ele previstas em lei”.<sup>28</sup>

ALEXANDRE DE MORAES enumera as características básicas que compõem o princípio da eficiência, quais sejam: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.<sup>29</sup>

Destaca-se, nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, “que tal princípio não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.<sup>30</sup> Na mesma linha, também

---

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 651.

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 316.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 83.

<sup>28</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. p. 103.

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 318-321.

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...* p. 112.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO alerta que “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.<sup>31</sup>

## 1.6 CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS PRINCÍPIOS

Concluindo estas considerações acerca dos princípios regentes da atividade administrativa, resta dizer que todos esses princípios devem conviver harmonicamente, não sendo admissível que, a pretexto de atender a um deles, desrespeite-se os demais.

A autopromoção da autoridade pública através da publicidade oficial revela um desvirtuamento na aplicação desses princípios, uma vez que, a pretexto de atender o princípio da publicidade, ofende-se os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da finalidade (princípio não expresso no texto constitucional, mas amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência), desrespeitando regra expressa na Lei Maior (art. 37, § 1º) e incidindo em improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, I da Lei n. 8.429/92.

---

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 84.

## 2. PUBLICIDADE OFICIAL

### 2.1 A PUBLICIDADE REFERIDA NO ARTIGO 37, §1º, CF

Correntemente, os termos publicidade e propaganda são utilizados como sinônimos, inclusive pelo legislador. Os dicionários, no entanto, trazem distinções importantes, que merecem ser trazidas à colação. Na propaganda, o traço distintivo fundamental é uma técnica de comunicação persuasiva, enquanto na publicidade nem sempre isto acontece, existindo prioritariamente o objetivo de informar, divulgar, tornar público.<sup>32</sup> Tal diferenciação fica mais nítida quando propaganda é definida como substantivo, significando propagação de princípios ou teorias, e publicidade como adjetivo, expressando qualidade do que é tornado público.<sup>33</sup>

A Constituição Federal proíbe a propaganda como sinônimo de promoção de agentes e funcionários públicos. Já publicidade, empregada no sentido de divulgação dos atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais, não está nem poderia estar vedada, até mesmo porque numerosos desses atos são de divulgação obrigatória.<sup>34</sup>

Nesse sentido, nos textos legais, o vocábulo *publicidade* aparece com, pelo menos, duas acepções distintas, que devem ser consideradas, com vistas à melhor compreensão do presente trabalho. Numa primeira acepção, ela representa a terminologia do direito administrativo, ou seja, no sentido de “publicação de ato administrativo do poder público, em órgão de imprensa de grande circulação, oficial, ou não”.<sup>35</sup> Na segunda acepção, encontra-se o significado que lhe dá a terminologia da propaganda comercial, a vulgar, a corrente, que pode ser descrita como “propaganda,

---

<sup>32</sup> RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de Comunicação*, São Paulo: Ática, 1987. p. 181.

<sup>33</sup> BUENO, Silveira. *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Ed. Lisa, 1985. p. 987 e 994.

<sup>34</sup> MORAIS, Marília Mendonça et al. *Princípios Informadores do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ, 1997. p. 246.

<sup>35</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991. p. 2251.

ou promoção de realizações governamentais, para o grande público, com finalidades políticas”.<sup>36</sup>

Importante ressaltar, neste ponto, que não se está tratando da publicidade como requisito formal para a eficácia dos atos administrativos (primeira acepção). Quanto a essa publicidade, já se deixou claro, na abordagem acerca dos princípios da Administração Pública, que sua finalidade é garantir a eficácia e a moralidade do ato.

A publicidade, cuja finalidade se questiona e que representa o tema central deste trabalho, é a divulgação dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos através da mídia (segunda acepção), que é expressamente admitida e também expressamente limitada no artigo 37, § 1º de nossa Lei Maior, nestes termos: “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos”.

O legislador, com lucidez cristalina, quis dar a extensão correta do princípio da publicidade presente no *caput* do artigo, estabelecendo o objeto, o conteúdo e como deve ser feita para atingir o seu desiderato.

As Constituições anteriores não cuidaram deste tema. ALEXANDRE DE MORAES ensina que “por ausência de previsão constitucional anterior, que regulamentasse a publicidade da atuação do Poder Público, tornou-se generalizada a prática de grandiosas e complexas promoções pessoais de autoridades componentes da autoridade pública, em especial dos próprios chefes do Executivo, nas três esferas da Federação, realizadas às custas do erário público.”<sup>37</sup> Não havia uma proibição constitucional que impedisse a realização, sob o manto de uma publicidade necessária, de uma verdadeira promoção pessoal das autoridades componentes do governo.<sup>38</sup>

A primeira decisão sobre o assunto foi publicada três dias após a promulgação da Constituição, em despacho do juiz Nivaldo Balzano (11ª Vara da Fazenda Pública

---

<sup>36</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários...* p. 2251.

<sup>37</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 331.

<sup>38</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.* p. 158.

de São Paulo), suspendendo liminarmente toda a publicidade alusiva ao governo do Estado de São Paulo por infringir este parágrafo constitucional (autos da ação popular movida contra Orestes Quércia, então governador do Estado).<sup>39</sup>

Tendo em vista que verbas enormes eram gastas com tal sorte de publicidade indevida, esta norma teve extraordinário alcance no que diz respeito à moralidade e aos cofres públicos.<sup>40</sup> Neste sentido, WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA apresenta as virtudes introduzidas por esta medida. A primeira virtude é a economia ao erário do dinheiro gasto em propaganda, uma vez que, não podendo haver promoção pessoal da autoridade, haverá desinteresse por parte desta nos gastos em publicidade. A segunda virtude é que a propaganda somente poderá ter fins educativos, informativos ou de orientação social, passando os gastos em publicidade a ter uma finalidade.<sup>41</sup>

Entende-se, portanto, que o Texto Constitucional não proibiu toda a publicidade, mesmo porque há casos em que ela é indispensável à informação que o cidadão tem direito de receber (art. 5º, XXXIII, da CF). Condição, no entanto, a publicidade consentida à satisfação de determinados requisitos: caráter educativo, informativo ou de orientação social; e ausência de nomes, símbolos, ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.<sup>42</sup>

## 2.2 FINALIDADE DA PUBLICIDADE OFICIAL

O requisito da finalidade se coloca, tendo em vista a existência de muitos pontos em que a coletividade pode receber uma informação ou mesmo uma educação relativa a questões atinentes à ordem, à saúde e ao bem-estar público. No entanto, a matéria veiculada há de ter um caráter objetivo e voltado para o atendimento da sua

---

<sup>39</sup> A íntegra deste despacho encontra-se em: FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex Livros, 1989. p. 474-476.

<sup>40</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários...* p. 2250.

<sup>41</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex Livros, 1989. p. 473-474.

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 332.

finalidade, sem com isto estar simultaneamente promovendo o governo ou algumas de suas autoridades.<sup>43</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo acentuou essa finalidade, quando declarou que:

...não pode o administrador, usando do dinheiro público, fazer propaganda de suas obras e serviços. Aliás, num país como o nosso, com tão poucos recursos, não se pode sequer entender por que grandes importâncias em dinheiro, que poderiam ser usadas em programas sociais, são destinadas muitas vezes para propaganda e publicidade, sem conotação de informação, orientação ou educação, de obras e serviços que se constituem obrigação do administrador eleito. Mas tal é tolerado pela lei, não é precisamente o que se discute no presente caso. Mas nem por isso, pode se fechar os olhos a artifícios que vêm sendo utilizados pelos Srs. Administradores Públicos, para conseguirem, com uso do erário, vincular seus nomes a determinadas obras e serviços, fazendo verdadeiras campanhas de auto-promoção.<sup>44</sup> (sic)

O legislador constituinte, ao definir a presente regra, visou à finalidade moralizadora, vedando o desgaste e o uso do dinheiro público em propagandas conducentes à promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, tendo em vista que o móvel para essa determinação constitucional foi a exorbitância de verbas públicas gastas com publicidade indevida.<sup>45</sup>

Se havia alguma dúvida a respeito da vinculação da finalidade na publicidade, a discricionariedade da autoridade pública foi extinta expressamente, através do texto constitucional, que passou a exigir o caráter educativo, informativo ou de orientação social na publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 159.

<sup>44</sup> TJ/SP – Apelação nº 160.666-1/0 – 5ª Câmara Cível de Férias “C”, v.u., Rel. Des. Melo Júnior, 7/2/1992. In: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 332.

<sup>45</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 331.

<sup>46</sup> J. Cretella Júnior ensina: “Atos, no dispositivo constitucional, têm a acepção corrente de ‘realização dos órgãos públicos’, como inaugurações, comemorações, reuniões, convenções, com objetivos políticos de promoção do interessado na divulgação. Qualquer ato público pode servir de promoção pessoal ao político interessado”.

“Programas são planos de governo, ou promessas de planos, publicados na imprensa e divulgados na televisão. É praxe a apresentação por parte do Chefe do Executivo, federal, estadual, municipal ou distrital, de seus programas com finalidades de promoção pessoal”.

“(…) Não há chefe do Executivo, nas várias esferas, que deixe de inaugurar obras realizadas, terminadas ou não, desde que haja interesse político pessoal de promoção”.

“Serviços são todas as atividades destinadas a obter determinadas utilidades concretas de interesse para a Administração, tais como demolições, fabricações, consertos, instalações, montagens,

CRETELLA JUNIOR exemplifica o que pode ser entendido como de caráter informativo, educativo ou de orientação social:

O Chefe do Executivo, ao inaugurar escola ou biblioteca, dará especial ênfase ao empreendimento, assinalando a importância educativa do ato. Do mesmo modo, será educativa e informativa toda publicidade em torno da importância da instalação de postos de saúde e de vacinação para enfrentar surtos epidemiológicos. A orientação social também deverá estar presente na publicidade de atos e campanhas dos órgãos públicos, dando-se instruções ao povo a respeito da importância, para a coletividade, das medidas que estão sendo tomadas, no setor visado.<sup>47</sup>

A despeito da dificuldade de se definir o que seja caráter informativo, educativo ou de orientação social, inúmeras são as hipóteses em que este requisito é de grande valia ao ser aplicado no sentido negativo, ou seja, com vistas a identificar o que não atende a esta finalidade legal. Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Perde o caráter objetivo, informativo e educativo a publicidade oficial protagonizando inaugurações de obras, em que o Governador do Estado, que se fez acompanhar de membros da sua equipe política, é colocado em amplo destaque, aparecendo em 18 (dezoito) diferentes oportunidades, vinculando-o a realizações, em clara insinuação de que se trataria de administração dinâmica e operosa. A imagem da autoridade ou a utilização de qualquer símbolo que possa estabelecer associação é vedada no art. 37, § 1º, da Constituição da República.<sup>48</sup>

A Constituição veda a propaganda pela propaganda, a propaganda para ofertar conhecimento, como se se tratasse de um produto concorrente com o mercado.<sup>49</sup>

SÉRGIO ANDRÉA FERREIRA, ao comentar o artigo 37, § 1º, da Constituição Federal, salienta que:

...o dispositivo em exame tem por objetivo coibir a prática das mais comuns nas administrações brasileiras, a dos governantes e administradores especialmente o chefe do poder executivo, valerem-se dos dinheiros públicos para, a pretexto de divulgar ou simplesmente identificar obras e realizações governamentais, que nada mais são do que o cumprimento das obrigações administrativas, fazerem publicidade de seus nomes, e de seus partidos, com vistas a futuras eleições. Antigamente, o expediente consistia, tão-somente, em

---

operações, conservações, reparações, manutenções, transportes, comunicações ou trabalhos técnicos profissionais (art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 2.300/86). Também os serviços costumam ser objeto de grande publicidade por parte dos Chefes do Executivo, nas três esferas”.

“Campanhas são esforços conjugados para a divulgação de realizações”. (*Comentários...* p. 2251-2252.)

<sup>47</sup> CRETILLA JUNIOR, José. *Comentários...* p. 2252-2253.

<sup>48</sup> TJ/SC – Apelação Cível nº. 99.005151-0. Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, 16/11/2000.

<sup>49</sup> CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 76.

apor, na placa de aviso de realização de serviços, a menção a ‘Obra do Governo...’ Hoje em dia, com os meios mais sofisticados de publicidade, de marketing, de merchandising, de uso dos mídias eletrônicos, de comunicação de ‘massa’, os gastos são colossais com a propaganda oficial. Diante do texto constitucional vigente, as formas são mais sutis, sem a menção a nomes, mas constituindo, caracterizadamente, a promoção pessoal vedada pela CF. Tudo isso, é óbvio, constitucionalmente está vedado, ainda que assuma a feição de fraude à lei.<sup>50</sup>

Conclui-se, portanto, que a matéria veiculada pela mídia deve ter caráter eminentemente objetivo para que atinja sua finalidade constitucional de educar, informar ou orientar, e não sirva, simplesmente como autêntico marketing político.<sup>51</sup> Destaca-se que também a Lei n. 9.784/99 ordena que o administrador público adote o critério de objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes e autoridades (art. 2º, parágrafo único, III). Como bem resumiu WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, “não será a publicidade pela publicidade e sim a publicidade com fim legítimo e razoável”.<sup>52</sup>

### 2.3 CARACTERIZAÇÃO DA PROMOÇÃO PESSOAL

O segundo requisito, presente na parte subsequente do preceito constitucional, proíbe que na publicidade constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Trata-se de regra bastante rigorosa, que proíbe a aparição da imagem da autoridade e mesmo da sua referência por meio da invocação do seu nome ou de qualquer símbolo que produza igual efeito.<sup>53</sup>

Tal proibição, que visa evitar a autopromoção do administrador público, já foi objeto de decisão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nestes termos:

...a administração pública, quando fizer publicidade de atos, programas, obras e serviços, não pode incluir nomes, símbolos ou imagens, que de qualquer modo vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público, eis que tal divulgação é apenas de caráter

---

<sup>50</sup> FERREIRA, Sérgio Andréa. In: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 341-342.

<sup>51</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 332.

<sup>52</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários...* p. 474.

<sup>53</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.* p. 159.



educativo, informativo ou de orientação social, nos termos do art. 37, § 1º, da CF, que preza os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa.<sup>54</sup>

CRETELLA JUNIOR ensina que na publicidade dos atos e campanhas dos órgãos públicos não mais se colocarão os nomes dos governantes, devendo, ao invés disso, figurar a denominação genérica do cargo (o Prefeito, o Governador, o Presidente). O mesmo autor define símbolos como objetos, coisas, animais, enfim, entidades que, apresentadas, podem evocar, sem erro, pessoas, ou seus nomes, com o sinal divulgado. Nem nomes, nem símbolos, podem constar da publicidade realizada pelos órgãos públicos. Determinados símbolos são de tal modo característicos que por eles se identificaria a pessoa simbolizada: tucano, canários, foice e martelo, estrelas, vassoura (Jânio Quadros), marmita (Hugo Borghi).<sup>55</sup>

Muitos governantes elegem um símbolo de sua administração: uma flor, um revólver, mãos entrelaçadas, o coração, etc. A partir daí marcam sua administração com esse símbolo, de tal forma que o símbolo e a pessoa do governante se identificam. Se a identificação do símbolo com a pessoa do governante for muito grande, o uso do símbolo passa a ferir o art. 37, § 1º, da Constituição.<sup>56</sup>

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em agravo de instrumento pelo qual se requeria determinação à Prefeita Municipal de abstenção de uso e veiculação de logomarca e slogan, sob o fundamento de que ela vinha obtendo vantagem pessoal através desta divulgação, afirmou: “Ao publicar atos ou campanhas dos órgãos públicos é vedado às autoridades vinculá-lo a qualquer coisa que as identifique, como por exemplo, símbolos ou logomarcas”.<sup>57</sup>

Também as imagens que vinculem autoridades ou servidores públicos são vedadas pelo dispositivo constitucional. Como já é ditado popular, “uma imagem vale por mil palavras”, sendo passível de, por si só, realizar a promoção pessoal da autoridade. Foi o que ocorreu, na cidade de Curitiba, quando a prefeitura da cidade

---

<sup>54</sup> TJ/SP – Apelação Cível nº 263.817-1/1 – 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Yoshiaki Ichihara, 5/2/1997, v.u., RT 743/263. In: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 334.

<sup>55</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários...* p. 2253.

<sup>56</sup> CONEGLIAN, Olivar. op. cit. p. 78.

<sup>57</sup> TJ/SC – Agravo de Instrumento nº 2000.005465-8, Rel. Des. Luiz César Medeiros, 17/05/2001.

passou a veicular publicidade onde aparecia a imagem de uma criança oriental, provocando uma referência direta à figura do prefeito da cidade através dessa imagem.

Por desrespeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou a impossibilidade de criação ou utilização de jornal municipal para promoção pessoal do administrador público, afirmando:

...o Município pode – e deve – ter órgão oficial para prestação de serviço público de divulgação de atos oficiais e atividades administrativas de caráter informativo, educativo e de orientação social, mas deve abster-se de, a pretexto da publicidade, usurpar a moralidade e a impessoalidade servindo de palanque à promoção pessoal deste ou daquele administrador público. Por isso, bem decretada a obrigação de não fazer à Municipalidade para que se abstenha de fazer propaganda pessoal do alcaide, seus auxiliares e sua corrente político-partidária, que em nada interessam à administração.<sup>58</sup>

A idéia nuclear presente neste dispositivo constitucional é a de que a publicidade deve ter a intenção de informar, educar e orientar, sem, contudo, promover quem está realizando, pois a atuação da administração pública possui caráter impessoal. Não se pode associar à imagem do agente administrador qualquer realização, posto que sua ação circunscreve-se à condição de gerenciador da coisa pública, e não na de seu proprietário. De sorte que a impessoalidade, princípio norteador da ação do agente público, exaltada neste artigo, é a chave que elucida e dá os contornos exatos da extensão buscada pelo legislador federal.<sup>59</sup>

A despeito da existência de norma expressa na Lei Maior, limitando a utilização da publicidade, os abusos continuam ocorrendo, tendo em vista que os orçamentos oficiais são bastante generosos, colocando à disposição dos governantes uma verba verdadeiramente astronômica para gastar com publicidade. OLIVAR CONEGLIAN explica o móvel que leva a autoridade pública a cometer abusos na utilização da publicidade:

A explicação para isso é simples: o detentor do poder é um político. Sua vida política, sua eleição, sua reeleição, dependem do conhecimento que o povo tiver das obras que fez. Enquanto está lutando para chegar ao poder, ele usa as formas de publicidade que lhe são apresentadas e sobre as quais nem sempre tem domínio, já que ele é apenas um produto a ser vendido. Mas principalmente, ele usa as formas de publicidade ao seu alcance e paga por

---

<sup>58</sup> TJ/SP – Apelação Cível nº 253.437-1/9/SP – 1ª Câmara Civil – Rel. Álvaro Lazzarini, v.u., 10/11/1995, JTJ 177/111. In: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 334.

<sup>59</sup> *Atuação das Câmaras Municipais e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Set. 2001. p. 85.

elas. E quando chega ao poder, vê a sua frente toda uma estrutura de propaganda. E não precisa pagar por ela com seu próprio dinheiro ou com verba de sua campanha. E então, ele usa essa estrutura. Usa-a não só para o proveito do seu governo e do Estado, mas principalmente para o seu próprio proveito, ou seja, para as eleições futuras.<sup>60</sup>

## 2.4 PROPAGANDA ELEITORAL E PROPAGANDA INSTITUCIONAL (PUBLICIDADE OFICIAL)

Há, ainda, que se distinguir a publicidade oficial (denominada, na Lei Eleitoral, propaganda institucional) da propaganda eleitoral, distinção esta já apontada pelo Tribunal Superior Eleitoral, que decidiu: “Não se confundem propaganda institucional e propaganda eleitoral, porquanto diversos seus objetivos, regendo-se por distintas normas”.<sup>61</sup>

A propaganda eleitoral é aquela que menciona os méritos e qualidades do postulante, a ação política a ser desenvolvida e o cargo almejado.<sup>62</sup> É o símbolo pleno da democracia, é a arena onde o candidato vai travar a luta com os adversários, e o campo onde vai semear suas esperanças para colher votos.<sup>63</sup>

Em contrapartida, propaganda institucional ou publicidade oficial é toda divulgação dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos da administração direta e indireta. Tal publicidade deve sempre seguir a finalidade constitucional trazida pelo artigo 37, § 1º (caráter educativo, informativo ou de orientação social), preservando-se o princípio da impessoalidade.

## 2.5 A PROPAGANDA INSTITUCIONAL NA LEI ELEITORAL

A publicidade oficial pode ser situada em dois momentos: fora da campanha eleitoral, e durante a campanha eleitoral. No primeiro caso, a publicidade é permitida,

---

<sup>60</sup> CONEGLIAN, Olivar. op. cit. p. 75.

<sup>61</sup> Acórdão TSE nº 19.287, Classe 2ª, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 27/04/2001. In: ROLLO, Arthur Luis Mendonça. Formas de propaganda eleitoral permitidas e proibidas. Propaganda institucional – Vedação nos três meses anteriores ao pleito. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Propaganda eleitoral – teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 142.

<sup>62</sup> ROLLO, Arthur Luis Mendonça. op. cit. p. 143.

desde que nos limites constitucionalmente admitidos (nos termos do artigo 37, § 1º). Contudo, nos três meses que antecedem o pleito, a publicidade institucional não é sequer admitida (exceto em duas situações, como se verá a seguir).

Existem, portanto, duas vedações distintas: a vedação de que se faça propaganda com finalidade de promoção pessoal com recursos públicos (artigo 37, § 1º da CF), e a vedação de realização de qualquer propaganda institucional no período antecedente ao pleito (artigo 73, VI, b da Lei n. 9.504/97).

Se toda propaganda institucional deve ser impessoal, em qualquer época, tal mandamento assume ainda maior relevo no período eleitoral, eis que, não raro, resolvem os agentes políticos detentores de mandato eletivo enfatizar a divulgação de sua atuação administrativa justamente nesse período.<sup>64</sup>

Por este motivo, a lei reguladora das propagandas eleitorais (Lei n. 9.504/97) preocupou-se em definir e limitar a propaganda institucional no período eleitoral, em seu artigo 73, VI, b, nestes termos:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

(...)

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

A Lei Eleitoral, através deste artigo, vedou determinadas condutas aos agentes públicos em campanhas eleitorais. O objetivo, conforme ensinamento de ULISSES MAIA, é evitar o uso da máquina pública em benefício de campanha eleitoral, mormente em se tratando da possibilidade de reeleição para os atuais detentores de mandato no Poder Executivo. Este artigo arrola uma série de atos e condutas proibidas, tanto no ano eleitoral, durante a campanha, como também nos três meses anteriores ao

---

<sup>63</sup> CONEGLIAN, Olivar. op. cit. p. 12.

<sup>64</sup> ROLLO, Arthur Luis Mendonça. op. cit. p. 138.

pleito, com vistas a assegurar o tratamento igualitário entre os atuais ocupantes de mandato e os demais candidatos que disputarão a eleição.<sup>65</sup>

O artigo 73, VI, b (acima transcrito) proíbe a realização da propaganda institucional nos três meses que antecedem a eleição. As exceções ficam por conta da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado (como é o caso dos Bancos Oficiais, por exemplo), e nos casos de grave e urgente necessidade pública, que deve ser reconhecida pela Justiça Eleitoral (são exemplos de necessidade urgente, a realização de campanhas de vacinação, em casos de surtos epidêmicos, ou a realização de campanhas visando orientar a população durante o racionamento de água ou energia). Permanece, contudo, a proibição do candidato aparecer na propaganda. Afora estas exceções, qualquer tipo de propaganda oficial ou institucional fica vedado completamente nos três meses anteriores à eleição.

Também os gastos com a propaganda institucional ficam limitados, em ano eleitoral, conforme o inciso VII, do art 73, à média do gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.

Mesmo a publicidade oficial gratuita, ou seja, sem custos para o erário fica proibida nos três meses que antecedem pleito, configurando-se em propaganda ilícita. O caráter gratuito de tais propagandas, quando muito, afasta a configuração de improbidade administrativa, ante a inexistência de prejuízo ao erário.<sup>66</sup>

ARTHUR LUIS MENDONÇA ROLLO ensina que, no que concerne especificamente à vedação de propaganda institucional, está ela voltada aos agentes públicos que têm o poder de autorizar e/ou veicular a propaganda institucional. Isso porque, ainda que não expressamente declinada, a veiculação de propaganda institucional é mais grave do que a autorização punível, porque aquele que realiza a propaganda institucional também a está autorizando. Sendo assim, são puníveis tanto os atos administrativos dos agentes públicos de autorizar a realização de propaganda institucional, quanto as suas condutas de, *sponte sua*, conceder entrevistas a meios de comunicação de massa dando conta das atuações da sua pasta.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> MAIA, Ulisses. *Eleições 2002*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 102.

<sup>66</sup> ROLLO, Arthur Luis Mendonça. op. cit. p. 142.

<sup>67</sup> Ibid., p. 139.

A transgressão às determinações trazidas pelo artigo 73, *caput*, da Lei n. 9.504/97 caracteriza ato de improbidade administrativa, de acordo com o artigo 11, I da Lei n. 8.429/92 (conforme § 7º do referido artigo 73), ensejando a aplicação das sanções trazidas pela Lei de Improbidade Administrativa. Há, ainda, a suspensão imediata da conduta vedada (artigo 73, § 4º) e a aplicação de multa pela Justiça Eleitoral, além da cassação do registro ou perda do mandato (artigo 73, § 5º).

Quanto à atuação desconforme com a Constituição, na realização da publicidade oficial, a Lei Eleitoral também se preocupou em indicar punições ao agente público, na seara das eleições, que é a que lhe cumpre regular. Neste sentido, o artigo 74, da Lei Eleitoral (Lei n. 9.504/97) vem assim redigido:

Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.

A infringência ao artigo 37, § 1º, da Constituição ocorrerá toda vez que for violada a finalidade da publicidade oficial, com vistas à promoção pessoal da autoridade pública. A partir desta idéia, OLIVAR CONEGLIAN ensina que publicidade legal é aquela que se adapta ao preceito constitucional, sendo ilegal aquela que se afasta desse preceito e se constitui numa propaganda da pessoa do governante.<sup>68</sup> O legislador definiu tal infringência como abuso de autoridade. Nos termos do artigo 22 da Lei Complementar n. 64/90 citado acima, poderá ser declarada a inelegibilidade do responsável pela prática do ato ilegal ou abusivo. Além da inelegibilidade, o candidato poderá ser punido com o cancelamento do registro de sua candidatura. Estas punições são previstas para o âmbito do direito eleitoral, sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas cabíveis.

Quanto à competência, levanta-se a indagação: quem é competente para conhecer da legalidade ou ilegalidade de uma publicidade oficial, o Juízo Eleitoral ou o Juízo Comum? Se houver infração à lei eleitoral será sua punição perquirida junto à Justiça Eleitoral. Se existir inobservância de qualquer outro preceito legal em sentido amplo, ainda que com objetivo mediatamente eleitoral, será competente para sua

apreciação o Juízo Comum.<sup>69</sup> Não há dúvida de que caberia, contra o ofensor da Constituição, uma Ação Popular, no Juízo Comum, para paralisar a publicidade indevida, ou para fazê-lo pagar pessoalmente por ela.<sup>70</sup>

Enfim, a Lei n. 9.504/97 dá o contorno do que deve ser a campanha política, e mostra que deve existir perfeita separação entre campanha e ato de governo. Com a possibilidade de reeleição inserida pela Emenda Constitucional nº. 16 (que alterou a redação do § 5º do artigo 14 da Constituição), os dirigentes da campanha política devem atuar no sentido de separar bem as duas funções, a de governante e a de candidato. Tal separação é dever tanto dos partidos, quanto da equipe técnica do governo.<sup>71</sup>

Visando evitar “qualquer conotação eleitoreira”<sup>72</sup> aos atos de governo, o artigo 77 da Lei Eleitoral proíbe, aos candidatos a cargos do poder Executivo, participar de inaugurações de obras públicas nos três meses que precedem o pleito. O artigo 75 da mesma lei proíbe a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos para as inaugurações. OLIVAR CONEGLIAN ensina que: “Não é demais lembrar que inauguração é ato administrativo, ato de governo, logo, não pode haver propaganda política de nenhuma forma”.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> CONEGLIAN, Olivar. op. cit. p. 77.

<sup>69</sup> ROLLO, Arthur Luis Mendonça. op. cit. p. 143.

<sup>70</sup> CONEGLIAN, Olivar. op. cit. p. 79.

<sup>71</sup> Ibid., p. 95-96 e 101.

<sup>72</sup> MAIA, Ulisses. op. cit. p. 107.

<sup>73</sup> CONEGLIAN, Olivar. op. cit. p. 102.

### 3. DESVIO DE FINALIDADE

Já se afirmou, no início deste estudo, que nossa ordem constitucional admitiu, ainda que implicitamente, ou inserido nos demais princípios do artigo 37, o princípio da finalidade, uma vez que a Administração deve sempre agir com vistas ao seu fim legal. A Lei n. 8.429/92 reafirmou este entendimento, ao trazer, em seu artigo 11 (atos de improbidade que afrontam os princípios da Administração), um inciso que trata especificamente da infração a este princípio. Nestes termos:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Pela inteligência deste artigo, percebe-se que o legislador visou à proteção dos princípios da Administração Pública. Ao incluir no rol exemplificativo, expressamente, a proibição de atuação com desvio de finalidade, ficou claro que o legislador pretendeu a aceitação deste princípio como inafastável em nossa ordem jurídica, a ponto de punir por ato de improbidade o agente público que dele se afastar.

A finalidade a que está vinculada a Administração Pública é a busca do interesse público, busca esta que sintetiza e justifica os poderes administrativos. Contudo, e nas palavras de MARCELO FIGUEIREDO:

...forçoso reconhecer que a atividade administrativa não é senhora dos interesses públicos, no sentido de poder dispor dos mesmos a seu talante e alvedrio. Age de acordo com a “finalidade da lei”, com os princípios retores do ordenamento, expressos e implícitos. A administração atua, age, como instrumento de realização do ideário constitucional, norma jurídica superior do sistema jurídico brasileiro.<sup>74</sup>

Ao infringir o artigo 11, I (acima transcrito), o administrador afronta os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e finalidade que informam sua atuação funcional, agindo fora dos limites de sua competência ou por motivos diversos ao fim inerente a todas as normas (inobservância do interesse público) e ao móvel específico que anima a regra jurídica que esteja aplicando. Excede suas faculdades



administrativas ou atua no âmbito de sua competência, mas com desvio de finalidade.<sup>75</sup>

De acordo com HELY LOPES MEIRELLES:

O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; ou, ainda, quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação. O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade ou do interesse público.<sup>76</sup>

WALDO FAZZIO JÚNIOR afirmou o “parentesco” entre a legalidade e a moralidade administrativa que, segundo ele, vinculam-se pela finalidade do ato administrativo. Assim, “o princípio da finalidade, significando a adequação do ato a seu fim legal, tem íntima associação com o conceito de moralidade administrativa, como validade da conduta funcional do agente de poder”.<sup>77</sup>

O desvio de finalidade, desse modo, não viola apenas um, mas vários dos princípios da Administração Pública. Através dele, viola-se a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, entre inúmeros outros. Quanto à proximidade existente entre o desvio de poder e a ilegalidade, AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ diz: “O instituto do desvio de poder logicamente não seria mais que uma modalidade do vício genérico chamado *violação da lei*, consecução de um fim diferente daquele que a lei explícita ou implicitamente marca ao agente”.<sup>78</sup>

MARCELO FIGUEIREDO ensina que, sob o rótulo de desvio de poder ou desvio de finalidade, revelam-se todas as formas de condutas contrárias ao Direito,

---

<sup>74</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 62.

<sup>75</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 104.

<sup>76</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 104-105.

<sup>77</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 183-184.

<sup>78</sup> In: FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*. Bauru, SP: EDIPRO, 1994. p. 154.

prejudiciais ao administrado e violadoras, às vezes, da própria Constituição. Haveria, em síntese, comportamento ilegal ou ilegítimo.<sup>79</sup>

Surge a necessidade de distinguir ilegalidade e ilegitimidade. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO aponta que a ilegitimidade se torna sinônimo de não-moralidade face à conduta da Administração.<sup>80</sup> Em outro ponto da mesma obra, ao tratar do motivo ilegítimo, o autor diz que este interessa à análise dos critérios de “boa administração”, e, portanto, à moralidade administrativa.<sup>81</sup> Nesta mesma linha, JOSÉ JAPPUR, citado por WALDO FAZZIO JÚNIOR, ensina que “a moralidade do ato administrativo enquadra-se na legitimidade dos fins ou dos motivos determinantes”.<sup>82</sup> Deste modo, pode-se distinguir os âmbitos da ilegalidade (contrário à lei) e da ilegitimidade (contrário à moralidade administrativa), ambos podendo caracterizar desvio de finalidade (ou de poder).

Neste sentido, o STJ deixou assentado que

...o desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto da lei) ou por censurável comportamento do agente, valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. Análise da motivação do ato administrativo, revelando um mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público, defluindo o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento.<sup>83</sup>

Desse modo, o desvio de finalidade pode ser visualizado tanto nos casos em que o próprio texto legal, expressamente, vincula um fim a ser alcançado pelo agente público e este o descumpre, quanto nos casos em que a atuação é conforme a lei, mas contrária à moralidade, ou seja, quando o ato tem aparência de legalidade, mas se presta a finalidade diversa do interesse público.

Quanto à divulgação dos atos oficiais, o texto constitucional exige que ela esteja vinculada a determinada finalidade, qual seja, a observância do princípio constitucional da impessoalidade, que obriga a publicidade a ser sempre objetiva e neutra, sem marcas pessoais, tendo por único fim o interesse público de conhecimento

---

<sup>79</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. op. cit. p. 62.

<sup>80</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Gênese, 1993. p. 122.

<sup>81</sup> Ibid., p. 119.

<sup>82</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. op. cit. p. 185.

dos atos de ofício, nos termos do artigo 37, § 1º da Constituição. A publicidade que desborda os limites constitucionais, buscando finalidade alheia (propaganda ou promoção pessoal) ao interesse público, configura improbidade administrativa, em virtude do desvio de finalidade que a permeia.<sup>84</sup>

Conforme decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Portanto, o administrador público deve praticar os atos administrativos visando o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. Ao conceituar o princípio de impessoalidade, buscou o legislador constitucional que os mesmos visem ao fim social, coletivo, indeterminado, não podendo servir para remates pessoais.

(...)

Analisando concomitantemente estes dois princípios basilares, verifica-se que a administração pública poderá fazer publicidade de seus atos, desde que estes visem ao fim social, não podendo os mesmos caracterizarem promoção pessoal, pois qualquer utilização destes recursos ou bens com finalidade pessoal caracteriza ato de improbidade administrativa.<sup>85</sup>

Diante do exposto, e considerando a aplicabilidade da Teoria do Desvio de Finalidade ou Desvio de Poder à promoção pessoal da autoridade pública através dos recursos públicos, são necessárias, para o bom desenvolvimento deste trabalho, algumas considerações acerca da referida teoria.

### 3.1 ORIGEM DA TEORIA DO DESVIO DE FINALIDADE

Esta teoria, de origem jurisprudencial, nasceu na França, no final do século XIX, sendo, portanto, uma teoria de elaboração recente. Sua criação deve-se ao Conselho de Estado Francês, que visou, através dela, coibir os abusos inerentes à natureza humana e ao egoísmo dos indivíduos.<sup>86</sup> Nestes termos:

De fato, dada a natureza humana e o egoísmo dos indivíduos, deve prever-se que os governantes e os agentes públicos exerçam sua competência, enquanto podem, a fim de obter vantagens particulares para si ou para seus amigos pessoais ou políticos. Em todo caso, reconhece-se atualmente que esses atos constituem *abuso de poder*. A jurisprudência do Conselho de Estado, para combater essas práticas, estruturou a teoria do *desvio de poder*:

<sup>83</sup> REsp. 21.156-0 – SP, reg. 1992.0009144-0, rel. Min. Milton Luiz Pereira, 10/10/94.

<sup>84</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 107.

<sup>85</sup> Apelação Cível nº. 98.005384-6, rel. Des. Anselmo Cerello, 22/03/2000.

<sup>86</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *O “desvio de poder” na administração pública*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 117.

todo ato jurídico, regular na aparência, editado por agente com finalidade diversa daquela para a qual devia, está eivado de *excesso de poder*.<sup>87</sup>

CARMEN CHINCHILLA MARIN aponta que a origem do desvio de poder é o caso *Vernes* (1858), que, apesar de não utilizar ainda a expressão, já descrevia o conteúdo da referida teoria.<sup>88</sup>

Ainda que cronologicamente não tenha sido o primeiro, o caso *Lesbats* (1864) é considerado o *leading-case* do direito administrativo francês pela sua grande repercussão. Trata-se da anulação, pelo Conselho de Estado Francês, de uma decisão de um Prefeito, que exerceu seus poderes de polícia para fins estranhos aos da manutenção de ordem e da organização do trânsito, mas com o intuito de favorecer um proprietário de ônibus, que havia celebrado contrato com a empresa ferroviária. A partir de então, o desvio de poder passou a ser considerado como vício do ato administrativo, que permitia a invocação do recurso por excesso de poder para fulminar o ato viciado.<sup>89</sup>

Da França, o *détournement de pouvoir* se espalhou pelo resto do mundo, vindo a integrar diferentes sistemas, como, por exemplo, o italiano, em que é chamado *sviamente di potere*, e em Portugal e no Brasil, onde ingressou com o rótulo de “desvio de poder”, ou, conforme lhe denominou o eminente SEABRA FAGUNDES, “desvio de finalidade”.<sup>90</sup>

### 3.2 NOMEN IURIS

A primeira problemática que deve ser enfrentada é a questão da nomenclatura, visto que os autores utilizam “desvio de poder”, “desvio de finalidade”, “excesso de poder” e “abuso de poder”, sem efetuar a devida distinção entre os termos.

---

<sup>87</sup> JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. trad. Argentina, 1949, vol. III, p. 79-80. In: CRETELLA JUNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 44-45.

<sup>88</sup> MARIN, Carmen Chinchilla. *La deviancion de poder*. 2.ed. atual. e ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 30.

<sup>89</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *O “desvio de poder”...* p. 120-121.

<sup>90</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979. p. 61.

Pela análise do Direito Comparado, verifica-se que, na França, é tradicional a utilização da expressão *détournement de pouvoir*. Na Itália, emprega-se a expressão *sviamento di potere* ou *eccesso di potere*. Na Espanha, fala-se em *desviación de poder*. Percebe-se que, numa tradução literal, a maior parte dos ordenamentos utiliza a expressão “desvio de poder”. Isso se justifica, tendo em vista que o poder concedido pela lei é desviado do seu fim.

No Brasil, a expressão “desvio de poder” é igualmente conhecida pelos nomes paralelos de “excesso de poder”, “abuso de poder” e “desvio de finalidade”, que, na doutrina e jurisprudência nacionais, podem ser encontrados como termos sinônimos ou relacionados entre si.

Na doutrina francesa, é comum os autores aproximarem as noções de abuso de direito do direito privado e de desvio de poder do direito administrativo. WALINE distingue o *détournement de pouvoir* e o *abus du droit*, nestes termos:

*L'abus du droit a en effet un point commun avec le détournement de pouvoir; l'un comme l'autre consistent dans l'exercice, (suivant les cas, d'un droit ou d'un pouvoir) dans un but contraire à l'intention du législateur. Il y a abus du droit ou des droits, lorsque quelqu'un a usé de son droit dans un but anti-social, méchant ou malveillant, qui ne peut donc être l'usage que le législateur avait prévu que l'on ferait de ce droit lorsqu'il l'a consacré. Il y a de même détournement de pouvoir lorsqu'une autorité administrative a usé d'un pouvoir qu'elle tient de la loi, mais dans un but tout différent de ce que le législateur avait prévu. Il y a donc une parenté étroite entre les deux notions; seulement, elles ne jouent pas sur le même plan, et n'ont pas les mêmes effets: l'abus du droit joue sur le plan de la responsabilité, il constitue une variété de faute engageant la responsabilité de son auteur; tandis que l'effet, au moins immédiat, du détournement de pouvoir est de détruire la valeur juridique de l'acte qui a été accompli; il joue sur le plan de l'appréciation de la valeur d'un acte.<sup>91</sup>*

SEABRA FAGUNDES mostra que há uma identidade nas expressões “desvio de finalidade” e “desvio de poder”, quando escreve: “decretada a expropriação de um imóvel no interesse direto da pessoa privada, o ato será inválido por falta de finalidade legal. Terá havido aí desvio de finalidade, ou seja, o que os franceses denominam *détournement de pouvoir*”.<sup>92</sup> Quanto às demais expressões, existem autores que

<sup>91</sup> WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 7.ed. Paris: Éditions Sirey, 1957. p. 419.

<sup>92</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 62.

defendem que o “desvio de poder” é simples modalidade do “excesso de poder” ou do “abuso de poder”. Boa parte da doutrina, ainda, utiliza as expressões como sinônimas.

O abuso de poder, no campo administrativo, pode ser tido como gênero, do qual o excesso (diferença de grau ou quantitativa) e o desvio (diferença de índole ou qualitativa) seriam espécies.<sup>93</sup>

CRETELLA JUNIOR, ao analisar a questão do *nomen juris*, ensina que:

No direito administrativo brasileiro, “abusar” é extravasar o uso da competência, desvirtuando-a para o campo da arbitrariedade. “Exceder” também é ultrapassar o uso da competência, empregando-a com arbítrio. “Desviar”, ao contrário, é distorcer o ato administrativo, orientando-o para algo diverso daquele que deveria atingir.

No “abuso” e no “excesso”, a violência e o arbítrio são patentes; no “desvio”, não se percebe o quantum de violência que inspira o ato, tal a astúcia da autoridade em camuflar suas intenções.<sup>94</sup>

Para fins deste trabalho, adotar-se-á os termos como sinônimos, visando evitar possíveis confusões, tendo em vista as diferentes terminologias utilizadas na doutrina e jurisprudência.

Ainda que seja absolutamente justificável o uso das expressões “abuso”, “excesso” e “desvio de poder”, entende-se ser mais coerente com a idéia de distorção do fim legal na atuação administrativa, a utilização da expressão “desvio de finalidade”. Isso porque o foco deste estudo não é o poder que foi concedido ao administrador público, mas a finalidade a que este poder está vinculado. Desse modo, e considerando a importância da presença do elemento teleológico na construção do Direito Administrativo (no qual a supremacia do interesse público é princípio inafastável), neste trabalho buscou-se utilizar a expressão “desvio de finalidade” sempre que não houver prejuízo à idéia apresentada.

### 3.3 CONCEITO DE DESVIO DE FINALIDADE

Há dificuldade de se apontar um conceito único que defina, de forma aplicável a todas as situações concretas, o desvio de finalidade. São inúmeras as definições

---

<sup>93</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *O “desvio de poder”...* p. 16.

<sup>94</sup> Id.

existentes, quer sejam dadas pela doutrina, quer pela jurisprudência dos diferentes países.

Como quer que seja, na maioria das definições existentes, o elemento fim é colocado em relevo, evidenciando a natureza do instituto que se caracteriza pela “distorção” ou “afastamento” do fim, ou da finalidade.<sup>95</sup>

Este trabalho não tem a ambição de apontar uma única e perfeita conceituação. Apenas se pretende trazer à colação alguns conceitos presentes na melhor doutrina, visando, com isso, facilitar a aplicabilidade da teoria do desvio de finalidade à utilização irregular da publicidade oficial.

Tendo em vista que a presente teoria surgiu na França, faz-se necessária a busca de conceituações vigentes na doutrina francesa, berço do desvio de finalidade. Assim, LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, apontam a seguinte definição: “*Il y a détournement de pouvoir lorsqu’une autorité administrative accomplit un acte de sa compétence mais en vue d’un but autre que celui pour lequel l’acte pouvait légalement être accompli*”.<sup>96</sup>

Toda atividade administrativa tem sentido finalístico, sentido este que é negado quando se atua com desvio de poder. JEAN RIVERO resumiu o assunto: “*Le détournement de pouvoir est le vice qui entache un acte par lequel l’administration, en méconnaissance de ces règles, a poursuivi un but différent de celui que le droit lui assignait, détournant ainsi de sa fin légale le pouvoir qui lui était confié*”.<sup>97</sup>

Em contrapartida, WALINE, ao tratar do *détournement de pouvoir*, ensina que:

*Ce cas d’annulation des actes administratifs diffère profondément de tous les autres, en ce qu’il ne s’agit plus d’apprécier objectivement la conformité ou la non-conformité d’un acte à une règle de droit, mais de faire une double recherche d’intentions subjectives: il faut rechercher si les mobiles qui ont inspiré l’auteur d’un acte administratif sont ceux qui, d’après l’intention du législateur, auraient dû l’inspirer.*<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> CRETELLA JUNIOR, José. O “desvio de poder”... p. 18-19.

<sup>96</sup> LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tome I, 12. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992. p. 476.

<sup>97</sup> RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 4.ed. Paris: Dalloz, 1970. p. 233. In: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. op. cit. p. 186.

<sup>98</sup> WALINE, Marcel. op. cit. p. 417.

Contrário a essa noção do “desvio de finalidade” como vício subjetivo do ato, PERCIVAL JÚLIO VAZ CERQUINHO apresenta a seguinte definição: “Desvio de Poder é um vício, de natureza objetiva, de um ato, caracterizado pelo desencontro entre seu conteúdo e o legalmente adequado para o atingimento da finalidade traçada pela norma autorizadora de sua prática”.<sup>99</sup>

Todo ato praticado pela Administração é realizado com vistas à concreção de um determinado fim previsto *in abstracto*, explícita ou implicitamente, pela norma legal, e o poder, que por essa norma é conferido ao agente administrativo, encontra-se a ele cingido, devendo o seu exercício ser sempre norteado por aquele fim que lhe é específico. Desse modo, outro fim não pode o agente perseguir a não ser aquele próprio às suas atribuições, sendo estas derivadas da regra de competência.<sup>100</sup>

O fim que o agente administrativo deve buscar, obrigatoriamente, é aquele expresso na lei. CARMEN CHINCHILA MARIN ensina que o que define o desvio de poder, como vício da atividade administrativa, é o afastamento do fim que a justifica. Assim:

*Como ya se dijo, la sumisión de la acción administrativa al fin de interés general es una condición más de legalidad de la misma. Los poderes administrativos, escriben GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad. Cuando la Administración se aparta del fin que expresa o tácitamente le asigna la norma que la habilita para actuar, se dice que ha incurrido en desviación de poder. Desviación de poder es, pues, el vicio que afecta al elemento reglado de todo acto administrativo que es el fin. Esta es, sin duda, la nota que la caracteriza y distingue de las demás infracciones del ordenamiento jurídico que comete la Administración, y el común denominador de todas las definiciones legales, jurisprudenciales y doctrinales de la misma.*<sup>101</sup>

O texto da lei traz o fim pretendido pelo legislador, e este fim não pode ser contrariado, pois, conforme a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação,

---

<sup>99</sup> CERQUINHO, Percival Júlio Vaz. *O desvio de poder nos atos administrativos*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977. p. 22.

<sup>100</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. op. cit. p. 57.

<sup>101</sup> MARIN, Carmen Chinchilla. op. cit. p. 111.



pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração.<sup>102</sup>

Há autores que acreditam que o desvio de finalidade é figura próxima (se não idêntica) à incompetência do agente. No entanto, são figuras distintas, uma vez que não se pode confundir competência e fim legal. Demonstrando tal distinção, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, ensina que toda autoridade administrativa deve utilizar sua competência para atingir a finalidade traçada no sistema. Caso se desvirtue dela, manifestamente, ou seja, se não tem competência para a prática de determinado ato, ou o pratica de modo viciado, teremos o vício de legalidade dos atos administrativos. Caso, entretanto, se utilize da mesma competência para finalidade diversa daquela que lhe foi outorgada, teremos desvio de poder.<sup>103</sup>

Partindo desta noção, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que o que vicia, portanto, não é o defeito de intenção (ainda que através disto se possa perceber o vício), mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência.<sup>104</sup> O mesmo entendimento é trazido por FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO: “Conquanto, no desvio de poder, possa ocorrer a busca de móvel inadequado, não é a intenção defeituosa que, por si só, vicia o ato, mas a discordância objetiva entre a finalidade legal do ato e a finalidade que, na prática, o ato manifestado se habilita a atingir”.<sup>105</sup>

### 3.4 MODALIDADES DE DESVIO DE FINALIDADE

LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, ao tratarem deste tema, ensinam:

*Les modalités selon lesquelles peut se manifester le détournement de pouvoir sont très diverses; on peut cependant les grouper sous deux chefs en distinguant les deux types de but*

---

<sup>102</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 44 e ss.

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 78.

<sup>104</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981. p. 80.

<sup>105</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 65.

*légaux auxquels l'activité administrative doit se conformer: le but d'intérêt general commun à tous les actes administratifs; les buts particuliers, propres à chacun d'eux.*<sup>106</sup>

De acordo com este entendimento, a autoridade pública deve sempre perseguir o interesse público genérico, havendo desvio de finalidade quando a atuação administrativa visar outro interesse, que não o interesse público, como, por exemplo, quando visar um interesse pessoal (interesse privado, espírito de vingança), político (desfavorecer um adversário político), ou de terceiro (favorecer um particular em detrimento de outro).

Analisando as colocações de LAUBADÈRE, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA afirma que:

Ao que se vê, há desvio de poder, seja por desvio da finalidade (interesse público genérico), oportunidade em que bastará o exame de elementos objetivos, para se apurar ter o agente se utilizado de uma competência para o atingimento de objetivos particulares ou, então, haverá desvio do fim (imediato, próximo), oportunidade em que se deverá apurar a intenção, o móvel do agente que, contrastado com causas objetivas, levará o julgador a apurar o desvio de poder.<sup>107</sup>

MARIA CUERVO SILVA E VAZ CERQUINHO apresenta três modalidades de desvio de poder: prossecução de finalidade de interesse privado; prossecução de finalidade que, embora de interesse público, é estranha à competência do agente; prossecução de um fim de interesse público específico a um dos poderes do agente, porém, incompatível com o ato emanado.<sup>108</sup>

WALINE aponta casos concretos de *détournement de pouvoir*, dentre os quais: desrespeito à coisa julgada (decisões com intenção de criar obstáculo à execução de decisão judicial); fraude à lei; atos inspirados por motivo estranho ao interesse público; atos realizados no interesse de terceiros; atos inspirados pela paixão política; atos inspirados por um interesse público outro que não aquele para o qual o poder foi conferido.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. op. cit. p. 477.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. op. cit. p. 79.

<sup>108</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. op. cit. p. 81.

### 3.5 PROVA DO DESVIO DE FINALIDADE

A prova deve ser inequívoca. Contudo, conforme foi exposto, muitas vezes o desvio da finalidade está oculto atrás de um manto de legalidade, tornando difícil a comprovação do vício. A intenção real, via de regra, está dissimulada, tornando a prova um problema fundamental para a aplicação da teoria.

CARMEN CHINCHILA MARIN aponta algumas características da prova do desvio de finalidade. Primeiramente, trata-se de prova negativa, pois se quer demonstrar que a Administração não atuou para atender ao fim legalmente previsto. Em segundo lugar, a prova resulta de uma convicção e não de uma constatação, uma vez que não se trata de provar um elemento concreto, mas uma intenção. A terceira característica é que o ônus da prova recai sobre quem invoca o desvio de finalidade.<sup>109</sup>

WALINE ensina que, para estabelecer o desvio de finalidade, o juiz deverá pesquisar: com que objetivo o legislador conferiu certo poder às autoridades administrativas; com que objetivo, de fato, esta autoridade utilizou este poder; e se o segundo objetivo é conforme o primeiro. Em suma, o juiz pesquisará se a autoridade administrativa usou de seu poder para atender um fim efetivamente pretendido pelo legislador. Se a terceira operação é fácil, a pesquisa das intenções do legislador e da verdadeira intenção do autor do ato administrativo poderá ser muito delicada e difícil.<sup>110</sup>

Tendo em vista que, via de regra, o autor do ato que o comete de má-fé dissimula seus verdadeiros motivos, a prova do desvio de finalidade é um grande problema a ser resolvido. Visando solucionar esta questão, CRETELLA JUNIOR apresenta sintomas indiscutíveis inventariados pela doutrina clássica de outros países, que acabam por denunciar o *animus* do administrador. Entre tais sintomas, pode-se citar: contradição do ato com atos ou medidas posteriores ou anteriores; motivação excessiva, contraditória ou insuficiente; alteração dos fatos; ilogicidade ou injustiça manifesta; disparidade de tratamento; derrogação de norma interna; precipitação na

---

<sup>109</sup> WALINE, Marcel. op. cit. p. 421-423.

<sup>110</sup> MARIN, Carmen Chinchilla. op. cit. p.196-206.

<sup>111</sup> WALINE, Marcel. op. cit. p. 417.

edição do ato; caráter sistemático de certas proibições; circunstâncias locais que precederam a edição do ato; convergência de feixe de indícios; caráter geral dado à medida que deveria ter permanecido particular. Esses sintomas compõem a prova indireta do arbítrio administrativo, permitindo que se faça um diagnóstico da psicologia do administrador.<sup>112</sup>

### 3.6 CONTROLE E NULIDADE DO ATO

Conforme se demonstrou, o fim a que o ato deve se vincular é aquele presente na lei. Desse modo, a análise do desvio da finalidade do ato é, antes de mais nada, uma análise acerca da legalidade deste mesmo ato. Entende-se, portanto, que o fim não compõe o âmbito discricionário de atuação do administrador, devendo sua incompatibilidade ser analisada pelo Poder Judiciário.

Quanto ao controle dos atos viciados pelo desvio da finalidade, CRETELLA JUNIOR explicita: “A ilegalidade do ato da Administração, em si ou em qualquer de seus aspectos (abuso, excesso ou desvio), é defeito que vicia ou desnatura o ato, propiciando ao prejudicado, além dos recursos na via administrativa, a possibilidade de provocar o exame da medida pelo Poder Judiciário, suscitando, em todos esses casos, o controle jurisdicional da iniciativa viciada da Administração Pública”.<sup>113</sup>

Desse modo, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA aponta que, “quando a própria Administração, reexaminando o mérito do ato administrativo, revalorando, portanto, o interesse público, num segundo exame (uma vez que se nega o vício de mérito originário) e revoga o ato, fá-lo por questões de mérito e não mais de legalidade. Nada obstante, retira o ato por questão de desvio de poder, e, portanto, por vício de ilegalidade, anula-o, tanto quanto o faz o Poder Judiciário”.<sup>114</sup>

O desvio de finalidade, desde que provado inequivocamente, resultará na nulidade do ato inquinado desse vício, conforme disposto no artigo 2º, alínea *e*, da Lei

---

<sup>112</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *O “desvio de poder”...* p. 104-105.

<sup>113</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 49.

<sup>114</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.* p. 80.

n. 4.717/65. Contudo, WALINE afirma que, havendo múltiplos vícios passíveis de gerar a anulação do ato, renega-se o desvio de finalidade à subsidiariedade, preferindo-se anulá-lo sob outro fundamento.<sup>115</sup>

### 3.7 DESVIO DE FINALIDADE NA PUBLICIDADE OFICIAL

Diante do exposto, torna-se evidente a aplicabilidade da Teoria do Desvio da Finalidade à publicidade oficial realizada com desrespeito às exigências trazidas pela norma constitucional (artigo 37 § 1º).

A finalidade legal é o que justifica a atuação administrativa. O referido dispositivo de nossa Lei Maior traz, explicitamente, a finalidade a que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deve se submeter, qual seja, o caráter educativo, informativo ou de orientação social. O legislador constituinte, ao autorizar a realização da publicidade oficial, preocupou-se em vinculá-la a esta finalidade, proibindo expressamente a promoção pessoal. Desse modo, fica claro que o aproveitamento do dinheiro público para promoção pessoal de autoridades caracteriza flagrante desvio de finalidade, cabendo a aplicação das sanções previstas na Constituição, na Lei de Improbidade Administrativa, além da utilização da ação popular para anulação do ato.

A utilização de recursos públicos para promoção pessoal através da publicidade oficial fere outros princípios da Administração Pública, além do princípio da finalidade. Pode, ainda, caracterizar enriquecimento ilícito (se desta utilização irregular advir vantagem material) e prejuízo ao erário. Sendo assim, a promoção pessoal da autoridade pública pode se enquadrar, conforme o caso, em qualquer uma das hipóteses de improbidade administrativa, conforme se demonstrará no capítulo seguinte.

---

<sup>115</sup> WALINE, Marcel. op. cit. p. 421.

#### 4. IMPROBIDADE E DESVIO DE FINALIDADE

Qualquer conduta desvirtuada do agente público, visando a sua autopromoção com a utilização de verbas públicas, afronta os princípios nucleares da ordem jurídica. Além disso, a obtenção de vantagens patrimoniais e políticas indevidas às expensas do erário, devido ao exercício nocivo de seu mandato político, configura ato de improbidade, cujas consequências constitucionais são previstas no § 4º do citado artigo 37 da Carta Magna, dotado de eficácia e sanção: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Mesmo antes de efetivada a regulamentação legal para a aplicação do referido dispositivo constitucional, a utilização da publicidade em desacordo com o § 1º, já podia ser atacada através da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), que traz a figura do desvio de finalidade (artigo 2º, *e*), possibilitando a responsabilização do autor da lesão ao erário público. Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “O desvio de finalidade por si só deve ser considerado disfunção do erário público, posto que os valores aplicados na propaganda poderiam ter sido utilizados para beneficiar os munícipes ou para efetivamente informar e educar”.<sup>116</sup>

Desvio de finalidade e improbidade são figuras que caminham juntas, pois, como afirmou MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO: “O desvio de finalidade incide sobre a competência, tornando *não moral* uma decisão com fim diverso daquele previsto explícita ou implicitamente”.<sup>117</sup>

Contudo, com a edição da Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), a figura do desvio da finalidade está expressamente prevista, em seu artigo 11, I, nestes termos:

---

<sup>116</sup> TJ/SC – Agravo de instrumento nº. 2000.005465-8. Rel. Des. Luiz Cezar Medeiros. 17/05/2001.

<sup>117</sup> SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. op. cit. p. 103.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I - Praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.

O desrespeito às regras constitucionais da publicidade também pode ser enquadrado na previsão do artigo 9º, da mesma lei, quando desta publicidade indevida resultar vantagem patrimonial, e, no artigo 10, quando houver prejuízo ao erário.

Na Lei n. 8.429/92, as sanções estão previstas especificamente no artigo 12, indo além da norma constitucional, ao prever outras medidas, a saber, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (para a hipótese de enriquecimento ilícito), a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. O referido artigo 12 estabeleceu a medida das sanções, de forma a realizar uma gradação decrescente em termos de gravidade: em primeiro lugar, os atos que acarretam enriquecimento ilícito; em segundo, os atos que causam prejuízo ao erário; e, em terceiro, os atos que atentam contra os princípios da Administração.<sup>118</sup> Apenas a título ilustrativo, traz-se à colação o disposto no artigo 12:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou

---

<sup>118</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 690.

indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Esta lei foi editada com o intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado, evitando o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e ineficiência. WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR afirmou que a Lei n. 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa.<sup>119</sup> MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO acentuou que a punição da improbidade administrativa reflete “a revolta do povo brasileiro contra a corrupção nos escalões governamentais e administrativos”.<sup>120</sup>

Ninguém ignora que é elevado o grau de improbidade na gestão da coisa pública. E a atuação depravada, nociva e inepta de agentes públicos é o principal fator impediante da melhoria da qualidade de vida dos brasileiros e do desenvolvimento harmônico e sustentado do país.<sup>121</sup>

Infelizmente, tal lei ainda não alcançou a devida aplicabilidade em nosso ordenamento, em virtude da falta de uma cultura de preservação do bem público. Torna-se chocante que, dia após dia, atos de improbidade ocorram e sejam encarados com naturalidade, como algo aceitável.

#### 4.1 CONCEITO DE IMPROBIDADE

A improbidade administrativa exprime o exercício da função pública com desconsideração aos princípios constitucionais expressos e implícitos que regem a Administração Pública. É mais que mera atuação desconforme com a singela e fria letra da lei. É conduta denotativa de subversão das finalidades administrativas, seja

---

<sup>119</sup> In: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 321.

<sup>120</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 259.

<sup>121</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 16.



pelo uso nocivo (ilegal ou imoral) do Poder Público, seja pela omissão indevida de atuação funcional, seja pela inobservância dolosa ou culposa das normas legais.<sup>122</sup>

ALEXANDRE DE MORAES define os atos de improbidade administrativa com aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo ao erário público. A natureza civil decorre da própria redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade e a possível responsabilidade penal derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “... sem prejuízo da ação penal cabível”. A necessidade de tipificação em lei federal das condutas ilícitas decorre diretamente dos princípios da reserva legal e da anterioridade, sendo também em virtude destes princípios, que os agentes públicos só poderão ser responsabilizados, nos termos da Lei n. 8.429/92, pelo cometimento de atos de improbidade posteriores à edição do referido diploma legal.<sup>123</sup>

Inúmeros são os malefícios causados pela improbidade administrativa. Apenas exemplificativamente, pode-se citar: depauperação do patrimônio público; comprometimento da eficiência de atuação dos Poderes do Estado; geração de falsos conceitos de administração, de agente público e de impunidade; descrédito dos ocupantes de funções públicas; enriquecimento ilícito de autoridades e particulares em detrimento da qualidade, economia e eficiência dos serviços públicos; inversão de prioridades públicas pelo tráfico de influências; ampliação das desigualdades sociais; aumento da dívida pública, com o desequilíbrio entre receitas e despesas. Em suma, e nas palavras de MARINO PAZZAGLINI FILHO, “o estigma da improbidade obsta o desenvolvimento humano e material da Nação, impedindo a melhoria da gestão pública e, conseqüentemente, as condições globais mínimas de vida da população.”<sup>124</sup>

No que tange à responsabilidade estabelecida pela Lei n. 8.429/92, destaca-se a consagração da responsabilidade subjetiva do servidor público, exigindo o dolo nas

---

<sup>122</sup> Id.

<sup>123</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 320-323.

<sup>124</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 17.

três espécies de atos de improbidade (artigos 9º, 10 e 11) e permitindo, em uma única espécie (artigo 10), também a responsabilidade a título de culpa.<sup>125</sup>

A responsabilidade objetiva do servidor público foi afastada, conforme já salientou o Superior Tribunal de Justiça: “Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”.<sup>126</sup>

WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR destaca:

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.<sup>127</sup>

MARINO PAZZAGLINI FILHO conceitua a improbidade administrativa do agente público como toda conduta ilegal (corrupta, nociva ou inepta) do agente público, dolosa ou culposa, no exercício (ainda que transitório ou sem remuneração) de função, cargo, mandato ou emprego público, com ou sem participação (auxílio, favorecimento ou indução) de terceiro, que ofende os princípios constitucionais (expressos e implícitos) que regem a Administração Pública.<sup>128</sup>

Corrupção é definida por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, genericamente, como um desvio de conduta aberrante em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade. Não apenas um desvio, mas um desvio pronunciado, grave, insuportável. Especificamente, corrupção seria a conduta de autoridade que exerce o Poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material.<sup>129</sup>

<sup>125</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p.321.

<sup>126</sup> STJ – 1ª T – Resp. Nº 213.994-0/MG – Rel. Min. Garcia Vieira, Diário da Justiça, Seção I, 27/09/1999.

<sup>127</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 113

<sup>128</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 17.

<sup>129</sup> In: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 320.

Corrupção, improbidade, desvio de finalidade são todas expressões que caminham juntas e vinculam-se diretamente ao exercício arbitrário de alguma forma de poder. Quanto ao poder estatal, estas condutas se verificam quando há atuação em detrimento do interesse maior que deve dirigir o agir da autoridade pública (o interesse público), privilegiando interesses privados.

Desse modo, o ato de improbidade administrativa exige para sua consumação um desvio de conduta do agente público, que no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no artigo 11 da Lei n. 8.429/92.<sup>130</sup>

## 4.2 DESTINATÁRIOS DAS NORMAS

Considerando que a publicidade praticada em desacordo com o artigo 37, § 1º configura ato de improbidade, há que se questionar, para a efetiva aplicação das normas supracitadas, a que sujeitos elas se aplicarão. Ou seja, quem poderá figurar no pólo ativo e no pólo passivo do ato de improbidade.

Quanto aos destinatários da norma constitucional, o *caput* do artigo 37, bem como o parágrafo 1º não identificam a que Poder esta norma se destina, de forma que não poderá ser entendido que se aplica somente a um dos poderes. Aplica-se, assim, o dispositivo constitucional a todos os poderes constituídos.

CRETELLA JUNIOR explicita o alcance das expressões *autoridades* e *servidores públicos*, presentes na norma:

Autoridade é toda pessoa que exerce cargo público ou função pública, em qualquer dos três Poderes, nas várias esferas. Quem quer que tenha nas mãos uma fração do poder do Estado é autoridade. Neste dispositivo, o legislador constituinte pensou em pessoas que ocupam os mais altos postos no âmbito do Poder Executivo, os governantes. Não devem constar, nos atos de publicidade dos órgãos públicos, nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de Prefeitos, Governadores, Presidente, ou de seus auxiliares, Ministros e Secretários.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 320.

<sup>131</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários...* p. 2254.

Em outro ponto, na mesma obra, o mesmo autor estende esta noção ao afirmar que o conteúdo do parágrafo 1º do artigo 37 “atinge os políticos que ocupam cargos públicos e os que pretendem ocupá-los, dirigindo-se ainda aos políticos, eventuais candidatos a postos no Legislativo e no Executivo”.<sup>132</sup>

Servidor Público, em contrapartida, é “todo aquele vinculado à Administração direta ou autárquica, desempenhando serviço não eventual, de natureza profissional”. Abrangendo, assim: o funcionário público, que ocupa cargos na Administração direta e no âmbito do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, o pessoal das entidades autárquicas, submetido a regime estatutário peculiar ou equivalente ao do funcionário público, o pessoal celetista.<sup>133</sup>

Com relação à lei de improbidade administrativa, o próprio legislador se preocupou em determinar quem seriam os seus destinatários, e a partir de então a doutrina e a jurisprudência vêm reafirmando as noções de sujeito ativo e sujeito passivo dos atos de improbidade.

#### 4.2.1 Sujeito Passivo

O sujeito passivo mediato é o Estado, uma vez que a Lei n. 8.429/92 tem por escopo proteger o patrimônio público, a administração da coisa pública (bens, direitos, recursos, com ou sem valor econômico). O sujeito passivo imediato é a pessoa jurídica efetivamente afetada pelo ato.<sup>134</sup> Quanto a estas pessoas, o próprio legislador elencou, no artigo 1º da referida lei, as entidades que podem ser vítimas dos atos de improbidade administrativa:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

---

<sup>132</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários...*p. 2250.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 2184.

<sup>134</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 324.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra *o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual*, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (grifo nosso)

As entidades protegidas pela lei são praticamente as mesmas protegidas pela Lei n. 4.717/65, que disciplina a ação popular, conforme definição de seu artigo 1º. Só que, nessa lei, o objeto é a anulação do ato lesivo e o ressarcimento dos danos causados ao erário; e, na lei de improbidade o objeto é, de um lado, a aplicação de medidas sancionatórias e, de outro, o ressarcimento do erário.<sup>135</sup>

O traço semelhante entre os órgãos e entidades do rol legal reside em suas atribuições de gestão de verbas públicas e de exercício de atividades públicas ou privadas de interesse público.<sup>136</sup>

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO critica a redação da norma acima transcrita que, para acompanhar a redação da lei de ação popular, deixou de lado a fórmula hoje utilizada na Constituição e em leis infraconstitucionais, de “empresas sob controle direto ou indireto do poder público”. É evidente que se a empresa privada foi incorporada pelo Estado ou se este contribuiu com mais de 50 % para a formação de seu patrimônio, a mesma está sob controle estatal, ainda que não se enquadre como sociedade de economia mista ou empresa pública. A natureza jurídica da entidade não é tão relevante para fins de proteção da lei como o fato de ela administrar parcela do patrimônio público.<sup>137</sup>

O parágrafo único incluiu as entidades privadas em relação às quais o Estado exerce função de fomento, por meio de incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para a criação ou custeio. Podem ser incluídas nessa modalidade as entidades do tipo dos serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc e outras semelhantes), as chamadas organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantida com recursos públicos. O dispositivo, nesse caso, é claro ao limitar a sanção

<sup>135</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 681.

<sup>136</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. *op. cit.* p. 20.

patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos, o excedente devendo ser pleiteado por outra via que não a lei de improbidade administrativa.<sup>138</sup>

Em suma, e como bem anotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Nos termos do artigo 1º da Lei Federal n. 8.429, de 1992, onde houver um único centavo em dinheiro público envolvido, a lei terá incidência, independente da entidade exercer atividade de natureza pública ou privada”.<sup>139</sup>

#### 4.2.2 Sujeito ativo

O legislador não se contentou com a mera referência ao agente público, preocupou-se também em defini-lo, tendo em vista que, para os fins da referida lei, tal conceito é mais abrangente do que o comumente adotado em outros institutos do Direito Público:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

De acordo com este dispositivo, qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público, incluídos: os agentes políticos (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e Municípios); os servidores públicos (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual com o Estado); e os particulares em colaboração com o Poder Público (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente). Destaca-se que, quanto aos servidores públicos, todas as categorias estão incluídas, independentemente de ocuparem cargos efetivos, em comissão ou vitalícios, funções ou empregos públicos, seja o regime estatutário ou contratual, seja a

---

<sup>137</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 681.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 681-682.

<sup>139</sup> TJ/SP – Agravo de Instrumento nº 98.387, JTJ, LEX 220/167. In: PAZZAGLINI FILHO, Marino. *op. cit.* p. 22-23.

função permanente ou transitória, seja qual for a forma de provimento.<sup>140</sup> Observa-se, ainda, que o fato de o servidor público estar desligado do serviço não constitui óbice para a continuidade da investigação sobre enriquecimento ilícito por ato de improbidade administrativa.<sup>141</sup>

MARINO PAZZAGLINI FILHO classifica os agentes públicos em quatro categorias: agentes políticos; agentes autônomos; servidores públicos; e particulares em colaboração com o Poder Público.<sup>142</sup> A inclusão da categoria dos agentes autônomos (membros do Poder Judiciário, dos Ministérios Públicos, dos Tribunais de Contas e Chefe da Advocacia-Geral da União que, regidos por legislação própria, exercem funções superiores e essenciais, mas não participam diretamente das decisões políticas<sup>143</sup>) foi a solução encontrada para a celeuma existente entre os autores, que discutem se estes sujeitos estariam incluídos entre os servidores públicos ou entre os agentes políticos. De qualquer forma, qualquer que seja a categoria em que se enquadrem, é pacífico que tais agentes podem compor a sujeição ativa para fins de improbidade.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que agentes políticos

...são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política.<sup>144</sup>

Não só o agente público pode figurar como sujeito ativo dos atos de improbidade. A lei, expressamente, equiparou ao agente público os terceiros, incluindo-os na sujeição ativa, nestes termos: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para

---

<sup>140</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 682.

<sup>141</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo...* p. 324.

<sup>142</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 23-24.

<sup>143</sup> Ibid., p. 24.

<sup>144</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...* p. 229.

a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (art. 3º).

Muitas vezes, porém, o agente público comete ato de improbidade administrativa em parceria, em conluio com terceiro (particular ou agente público estranho às funções públicas exercidas por aquele). Esse terceiro, em face do enquadramento por extensão previsto no artigo em exame, também responde por seu cometimento, sendo-lhe aplicável as sanções previstas na lei de improbidade administrativa, menos, é óbvio a perda da função pública, caso não seja também agente público.<sup>145</sup>

O agente público será o autor do ato lesivo ao ordenamento jurídico, pois as três espécies de atos de improbidade previstas na Lei n. 8.429/92 (artigos 9º, 10 e 11) exigem sua conduta (improbidade própria); enquanto o particular – pessoa física ou jurídica – que induzir, concorrer ou se beneficiar do ato de improbidade, será o partícipe (improbidade imprópria).<sup>146</sup>

Neste sentido, observa MARCELO FIGUEIREDO:

O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser co-autor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito mais eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, que seja o verdadeiro ‘gerente’ dos atos ilícitos. Contudo, a lei é clara: as figuras para terceiros circunscrevem-se a duas ações: “induzir” ou “concorrer”.<sup>147</sup>

A lei, portanto, adotou posição ampla no sentido de possibilitar a responsabilização geral daqueles que pratiquem ou concorram para a prática de atos de improbidade administrativa.

#### 4.3 MODALIDADES DE ATOS DE IMPROBIDADE

Embora a lei fale em ato de improbidade, tem-se que entender que o vocábulo ato não é utilizado, nesses dispositivos, no sentido de ato administrativo. O ato de

---

<sup>145</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 25-26.

<sup>146</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 324.



improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão, a uma conduta. Esse ato tem que ser praticado no exercício de função pública, considerada a expressão em seu sentido mais amplo.<sup>148</sup>

A Lei n. 8.429/92 tipifica três espécies diferenciadas de atos de improbidade administrativa, de acordo com o ato danoso causado por eles. O dano pode ser enriquecimento ilícito (artigo 9º), prejuízo ao erário (artigo 10), ou atentado aos princípios da Administração Pública (artigo 11).

Observe-se que a tipificação dos atos de improbidade administrativa, por serem de natureza civil, são descrições mais genéricas e conceituais do que as exigidas pelo Direito Penal, possibilitando uma interpretação mais construtiva por parte da doutrina e jurisprudência.<sup>149</sup>

A despeito dos dispositivos legais trazerem, cada qual, um rol de condutas consideradas como atos de improbidade, tal enumeração é meramente exemplificativa. Qualquer ato passível de ser enquadrado no *caput* dos artigos 9º, 10 e 11, ainda que não esteja previsto expressamente no respectivo rol, será também ato de improbidade. Isso ocorre devido à expressão “e notadamente”, que segue a descrição da infração oferecida pelo *caput*, que garante a natureza não taxativa dos incisos.

#### 4.3.1 Enriquecimento ilícito

O artigo 9º, da Lei n. 8.429/92, traz a fórmula geral para a caracterização deste tipo de ato de improbidade:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Segue, então, com a enumeração de doze condutas exemplificativas em seus incisos. ALEXANDRE DE MORAES aponta que, para a tipificação de uma das

---

<sup>147</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. op. cit. p. 27.

<sup>148</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 686.

<sup>149</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 325.

condutas previstas no artigo 9º, há a necessidade de quatro requisitos: dolo do agente (vontade livre e consciente de realizar qualquer uma das condutas descritas); obtenção de vantagem patrimonial pelo agente (qualquer prestação, positiva ou negativa, que beneficie o agente, auferindo-lhe um enriquecimento ilícito); ilicitude da vantagem obtida; existência de nexo causal entre o exercício funcional e a vantagem indevida (nexo de oficialidade).<sup>150</sup>

Destaca-se que, para a caracterização do ilícito do artigo 9º, não há necessidade de efetivo prejuízo patrimonial ao erário público ou das entidades referidas no artigo. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente público desonesto recebe vantagem econômica, a título de gratificação ou comissão, para praticar ato de seu ofício devido ou lícito, que, conseqüentemente, não causa prejuízo aos cofres públicos.<sup>151</sup>

Nessa linha, FRANCISCO OCTÁVIO DE ALMEIDA PRADO, citado por MARINO PAZZAGLINI FILHO, ressalta que:

Para a configuração do enriquecimento ilícito não é necessária a verificação de dano ou prejuízo ao erário. Na verdade, o bem jurídico protegido é a probidade na administração, e esse bem é agredido sempre que o agente público se desvia dos fins legais a que está atrelado, em contrapartida à percepção de vantagem patrimonial. Poderá, é certo, resultar prejuízo ao erário de uma conduta tipificada pelo art. 9º. Esse prejuízo, no entanto, não compõe as figuras típicas de enriquecimento ilícito e será irrelevante para a caracterização das infrações, conquanto possa ter relevância para a dosagem das sanções cabíveis (cf. art. 12, parágrafo único).<sup>152</sup>

Tal entendimento destaca, novamente, o paralelismo entre a improbidade e o desvio da finalidade praticado pelo agente público. Neste sentido, pode-se dizer que todas as condutas previstas explícita ou implicitamente nos artigos 9º e 10 da Lei n. 8.429/92, acabam por se enquadrar também no artigo 11, pois invariavelmente contrariam os princípios da Administração Pública, ou, ao menos, o princípio da moralidade administrativa.

É inegável que o desrespeito às regras constitucionais da publicidade (art. 37 § 1º) configura ato de improbidade, nos termos do artigo 11 (como se verá adiante),

---

<sup>150</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 326.

<sup>151</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. *op. cit.* p. 55.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 55-56.

visto que inúmeros princípios ficam prejudicados pela referida atuação irregular, como por exemplo, os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade. Contudo, há autores, como ALEXANDRE DE MORAES, que enquadram a publicidade em desacordo com o fim legal também na definição genérica do artigo 9º (concomitantemente à aplicação do artigo 11, I), por considerarem que a autoridade pública estará auferindo vantagem patrimonial indevida através da publicidade<sup>153</sup>.

A modalidade de improbidade administrativa trazida por este artigo é a mais grave e ignóbil, pois contempla o comportamento torpe do agente público que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e imoral. Expressa o tráfico, a negociação da função pública pelo administrador no exercício de qualquer atividade estatal.<sup>154</sup>

#### 4.3.2 Prejuízo ao erário

Nos termos do artigo 10:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Também aqui, segue-se uma enumeração exemplificativa de condutas nos treze incisos do presente artigo. MARCELO FIGUEIREDO ensina que as hipóteses não são exaustivas, pois os fatos da vida são muito ricos e o legislador, por mais esforço que faça, não consegue prever todas as hipóteses “criativas” de condutas lesivas ao erário.<sup>155</sup>

O Erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto. Enquanto o conceito de patrimônio público é mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público,

<sup>153</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 333.

<sup>154</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 54.

<sup>155</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. op. cit. p. 49.

limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao “Tesouro Público”.<sup>156</sup>

ALEXANDRE DE MORAES aponta os requisitos para a tipificação destas condutas: conduta dolosa ou culposa do agente (sendo o único caso de ato de improbidade em que se admite a forma culposa); conduta ilícita (não ensejará a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, a conduta lícita que acabe por gerar perda patrimonial ao erário); existência de lesão ao erário ou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres (prejuízo concreto aos cofres públicos); não-exigência de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente; existência de nexo causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público (nexo de oficialidade).<sup>157</sup>

Apenas o artigo 10 fala em ação ou omissão, *dolosa ou culposa*, ou seja, é a única hipótese em que se admite a forma culposa. A aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, exigindo-se a observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto da proporcionalidade entre meios e fins.<sup>158</sup>

As condutas ímprobadas narradas nos incisos do artigo 10 são semelhantes às do artigo 9º, distinguindo-se no tocante ao beneficiário da improbidade administrativa, que, nesta modalidade, é terceiro, enquanto na anterior é o próprio agente público.<sup>159</sup>

Cabe observar, mais uma vez, que o mesmo ato pode se enquadrar em uma, duas ou nas três hipóteses de improbidade previstas na lei.<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 72.

<sup>157</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 328-329.

<sup>158</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 689.

<sup>159</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 75.

#### 4.3.3 Atentado contra os princípios da Administração Pública

Esta última hipótese, por sua abrangência, pode alcançar uma infinidade de atos de improbidade, visto que são inúmeros os princípios da administração pública. Segundo o artigo 11:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

Novamente o legislador se utilizou de enumeração exemplificativa de tais condutas ilícitas nos sete incisos que compõem o artigo.

ALEXANDRE DE MORAES aponta os requisitos para a tipificação das condutas do artigo 11: conduta dolosa do agente (vontade livre e consciente de realizar qualquer das condutas); conduta comissiva ou omissiva ilícita que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao patrimônio público (a *ratio* legal deste dispositivo é a necessidade de um tipo subsidiário para a responsabilização do agente cuja conduta não se enquadre nos outros dois tipos legais); violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; atentado contra os princípios da Administração (não só os constitucionais previstos no *caput* do artigo 37, mas todos os princípios da Administração Pública); existência de nexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da Administração.<sup>161</sup>

A rigor, portanto, qualquer violação aos princípios (expressos ou implícitos) da Administração Pública configura ato de improbidade administrativa. Há, ainda, que se perquirir a intenção do agente, exigindo-se a presença do dolo, sem o qual não ocorrerá o ilícito previsto na lei.

MARCELO FIGUEIREDO identifica exemplos de agentes que infrinjam cada um dos princípios trazidos pelo *caput* do artigo 11: infringe o dever de honestidade o agente que mantém conduta incompatível com a moralidade administrativa; infringe o dever de imparcialidade aquele que atenta contra a impessoalidade; infringe a legalidade o agente que não age rigorosamente segundo a lei (sentido amplo). Desleal

---

<sup>160</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 688.

é o agente que infringe um desdobramento do princípio da moralidade, podendo ser desleal de várias formas (revelando fatos ou situações reservadas ao âmbito da administração, induzindo em erro, no exercício de suas atividades, as instituições a que serve, por exemplo).<sup>162</sup>

O artigo 11 é norma residual, que está contida nos tipos mais graves de improbidade (artigos 9º e 10), e sua aplicação subordina-se à não aplicação daquelas. Assim, se do ato violador de princípio constitucional administrativo resultar enriquecimento ilícito do agente público que o praticou, há absorção da regra do artigo 11 (subsidiária), contida no artigo 9º (principal), por esta. E, da mesma forma, se da afronta a princípio constitucional decorrer lesão ao Erário, configura-se somente ato ímprobo de lesividade ao patrimônio público que, em face do princípio da subsidiariedade, absorve aquela (*lex primaria derogat legi subsidiariae*).<sup>163</sup>

Não há que se confundir atos ilegais e atos de improbidade. Os atos administrativos ilegais, para constituírem improbidade, devem se revestir de inequívoca gravidade, ostentando indícios de desonestidade, má-fé e falta de probidade no trato da coisa pública, uma vez que estes são os traços comuns entre todas as modalidades de improbidade administrativa.<sup>164</sup>

Não é demais repetir que os atos de improbidade descritos na lei constituem também ilícitos administrativos, passíveis de punição na esfera administrativa, e podem corresponder a crimes passíveis de punição na esfera criminal. Ocorrerá, nestes casos, a concomitância de instâncias.<sup>165</sup>

#### 4.4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE

Os aspectos processuais não compõem o objetivo deste trabalho. Contudo é importante destacar que a Lei da Ação Civil Pública será a lei processual para a

---

<sup>161</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 330-331.

<sup>162</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. op. cit. p.61.

<sup>163</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. op. cit. p. 101.

<sup>164</sup> Ibid., p. 102-103.

<sup>165</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 688.

efetivação da Lei de Improbidade Administrativa, que é a norma substantiva, de direito material.<sup>166</sup>

Sobre o meio adequado para se atacar os atos de improbidade na esfera judicial, afirma ALEXANDRE DE MORAES: “A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto a aplicação das sanções do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular”.<sup>167</sup>

Também MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ensina que tem havido aceitação pela jurisprudência da utilização da ação civil pública, no que não contrariar disposições específicas da lei de improbidade.<sup>168</sup>

A legitimidade do Ministério Público para a promoção do inquérito civil e da ação civil pública funda-se no artigo 129, III, da Constituição Federal, que ampliou os objetivos da ação civil pública, em relação à redação original da Lei n. 7.347/85, que somente a previa em caso de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O dispositivo constitucional fala em ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.<sup>169</sup> Esta ampliação já é entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça.<sup>170</sup>

---

<sup>166</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. p. 345.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 343.

<sup>168</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 693.

<sup>169</sup> *Id.*

<sup>170</sup> Neste sentido: “o campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo artigo 1º da Lei nº 7.347/85” (STJ – 6ª T – REsp. nº. 67.148/SP – Rel. Min. Adhemar Maciel, 04/12/1995); “conforme alguns precedentes da Corte, é legítimo ao Ministério Público propor ação civil pública visando à proteção do patrimônio público, uma vez que o texto constitucional/88 (art. 129, III) ampliou o campo de atuação do MP, colocando-o como instituição de substancial importância na defesa da cidadania” ( STJ – 5ª T – REsp. 98.648/MG – Rel. Min. José Arnaldo, 28/04/1997).

A defesa do patrimônio público, sem sombra de dúvida, deve ser admitida como interesse difuso, conforme decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que justifica tal entendimento nestes termos:

Neste ponto, percebe-se que a proteção do erário público é exemplo mais do que perfeito de interesse difuso, por ser importante para toda a coletividade que não se dilapide tal patrimônio, podendo o mesmo ser aplicado em proveito de toda a comunidade, na construção, por exemplo, de creches e escolas, pavimentação de ruas, dentre outras necessidades básicas.<sup>171</sup>

A Lei n. 8.429/92 prevê, expressamente, em seu artigo 17, que a ação terá rito ordinário e será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada, neste caso, atuando o Ministério Público como *custos legis*.

Como já se afirmou, o aspecto processual não compõe o objetivo deste trabalho, sendo suficiente indicar que a Lei n. 8.429/92 traz um capítulo específico, porém restrito, em que trata do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial (Capítulo V). Subsidiariamente, aplica-se, ainda, a Lei da Ação Civil Pública como norma processual no que não contrariar as disposições de Lei de Improbidade.

---

<sup>171</sup> TJ/SC – Apelação Cível nº. 98.005384-6 – Rel. Des. Anselmo Cerello, 22/03/2000.



## CONCLUSÃO

A atuação da Administração Pública deve sempre respeitar os princípios constitucionais, explícita ou implicitamente estabelecidos. Pela inteligência destes princípios, percebe-se que o administrador não é senhor da coisa pública, devendo, por este motivo, mirar sempre a satisfação do interesse público, respeitando a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*, CF). Além dos princípios expressos no texto constitucional, o ordenamento implicitamente admite outros, dentre os quais se destaca o princípio da finalidade.

O elemento teleológico é de suma importância para o Direito Administrativo, tendo em vista que o administrador só poderá atuar respeitando a finalidade legal prevista. Este fim legal é o que justifica a atuação da Administração Pública, que dele não se pode desviar em nenhuma hipótese.

A publicidade oficial, definida como publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, também deve, obrigatoriamente, estar vinculada ao fim expressamente previsto no texto constitucional, servindo sempre ao objetivo de educar, informar e orientar.

Além de exigir o cumprimento desta finalidade, a norma constitucional veda, expressamente, a promoção pessoal das autoridades ou servidores públicos, ao proibir que da publicidade constem nomes, símbolos ou imagens que façam referência a estes agentes.

A doutrina e a jurisprudência demonstram que, a despeito da disposição expressa na Lei Maior, é comum a utilização da publicidade oficial com flagrante desrespeito à finalidade legal, visando à promoção pessoal dos agentes públicos.

Este desrespeito enseja a aplicação da Teoria do Desvio de Finalidade, de origem francesa, para fulminar o ato assim viciado. Conceituar desvio de finalidade não é tarefa fácil. Os diversos conceitos da doutrina nacional e estrangeira apresentam em comum o relevo ao elemento fim, considerando viciado aquele ato que se desvia do seu fim legal, conceito perfeitamente aplicável à promoção pessoal através da publicidade oficial.

O referido desvio, muitas vezes, encontra-se oculto sob um manto de legalidade, sendo necessário perquirir as intenções subjetivas do agente. Esta peculiaridade torna difícil a prova do desvio de finalidade. O fim a que o ato deve se vincular é aquele presente na norma legal, que demonstra a vontade legislativa e fundamenta a atuação administrativa. Trata-se o desvio de finalidade, portanto, de vício de legalidade, sendo cabível o controle através do Poder Judiciário, para fulminar o ato.

Além das consequências relativas ao ato, há que se questionar as sanções cabíveis ao agente que atue com desvio de finalidade, sobretudo enfocando a atuação daquele que se promove através da publicidade oficial, financiada pelos recursos públicos. Para tanto, aplica-se a Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista que a utilização irregular da publicidade poderá ser enquadrada em qualquer uma das modalidades de atos de improbidade. Desse modo, ainda que não se caracterizasse o enriquecimento ilícito e o prejuízo ao erário, esta atuação poderia ser enquadrada no artigo 11, I, da Lei n. 8.429/92, pelo desrespeito aos princípios da Administração Pública (norma subsidiária), sobretudo o desrespeito ao fim legalmente estabelecido.

Em suma, a utilização da publicidade oficial com fins de promoção pessoal configura vício de legalidade pelo descumprimento da finalidade, devendo ser combatida através dos mecanismos judiciais disponíveis. Assim, alcançar-se-á o legítimo uso da máquina administrativa e a conseqüente moralização da atuação dos Administradores Públicos, garantindo o respeito aos princípios constitucionais explícita ou implicitamente estabelecidos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. v. 3. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BUENO, Silveira. *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Ed. Lisa, 1985.
- CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- CERQUINHO, Percival Júlio Vaz. *O desvio de poder nos atos administrativos*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977.
- CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- \_\_\_\_\_. *O “desvio de poder” na administração pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*. Bauru, SP: EDIPRO, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex Livros, 1989.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Gênese, 1993.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tome I, 12. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- MAIA, Ulisses. *Eleições 2002*. Curitiba: Juruá, 2002.
- MARIN, Carmen Chinchilla. *La deviacion de poder*. 2. ed. atual. e ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Discrecionariade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAIS, Marília Mendonça et al. *Princípios Informadores do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ, 1997.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de Comunicação*. São Paulo: Ática, 1987.
- ROLLO, Alberto (Org.). *Propaganda eleitoral – teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 7. ed. Paris: Éditions Sirey, 1957.